

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JORGE LUIS LOUREIRO

**A REPRESSÃO AO TRÁFICO DE DROGAS, NA LEI N°. 11.343/2006, COM  
ÊNFASE NA DESPRISIONALIZAÇÃO DO PORTE/POSSE DE DROGAS PARA  
CONSUMO PESSOAL**

CURITIBA

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JORGE LUIS LOUREIRO

**A REPRESSÃO AO TRÁFICO DE DROGAS, NA LEI N°. 11.343/2006, COM  
ÊNFASE NA DESPRISIONALIZAÇÃO DO PORTE/POSSE DE DROGAS PARA  
CONSUMO PESSOAL**

Monografia jurídica apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Professor. Carlos Roberto Bacila.

CURITIBA

2016

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

JORGE LUIS LOUREIRO

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, do Curso de Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

---

Prof. Carlos Roberto Bacila  
Orientador – Departamento de Direito Penal e Processual Penal.

---

Prof. Rui Carlo Dissenha  
Departamento de Direito Penal e Processual Penal.

---

Prof. Flávio Bortolozzi Jr.  
Departamento de Direito Penal e Processual Penal.

Curitiba, 30 de novembro de 2016.

Dedico este trabalho a todas as pessoas que auxiliaram ou que, de qualquer modo, contribuíram para a minha formação pessoal, em especial, a Deus, meus pais, familiares, professores e amigos.

## RESUMO

O presente estudo trata-se de uma monografia jurídica, cuja pesquisa possui caráter explicativo, de dados qualitativos e quantitativos, desenvolvida por meio do processo lógico dedutivo – do geral para o particular. Enfatizam-se nesta pesquisa os principais aspectos referentes à Lei n°. 11.343/2006 – Lei de combate ao tráfico ilícito de drogas, embora sejam abordados assuntos referentes à criminologia, direito penal, direito constitucional dentre outros. Ao tratar especificamente do crime de posse/porte de drogas para consumo pessoal, resta esclarecido que a extinção de punição privativa de liberdade não se trata de *abolitio criminis* ou descriminalização, mas, de *novatio legis in melius*, para alguns autores apenas a despenalização, para outros, se trata de desprisionalização e descarcerização. Por existir a possibilidade de aplicação de sanções como advertência, prestação de serviços comunitários e comparecimento em programas de reabilitação, e por expressa disposição legal, a conduta de porte/posse de drogas para consumo pessoal é ilícito penal que conserva em relação à conduta os efeitos da pena, como a reincidência criminal. O crime de porte/posse de drogas para consumo pessoal não se trata de um irrelevante penal, esse, em razão de sua mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado, não exige repressão penal. A posse e o porte de drogas para consumo pessoal são crimes de menor potencial ofensivo, é considerada conduta típica para fins da Lei n°. 11.343/2006. É importante esclarecer que não é considerada insignificante a pequena quantia de drogas em posse/porte do acusado, uma vez que é suficiente e imprescindível que esteja presente o princípio ativo da substância. Para fins de aplicabilidade da Lei n°. 11.343/2006, considera-se um irrelevante penal apenas o uso de drogas, o que não se confunde, sobretudo, com a posse/porte de drogas para consumo pessoal.

**Palavras-chave:** *Abolitio Criminis*. Conduta Típica. Consumo Pessoal. Despenalização. Desprisionalização. Drogas.

## ABSTRACT

The present study deals with a legal monograph, whose research has an explanatory character, of qualitative and quantitative data, developed through the deductive logic process - from the general to the particular. The main aspects of Law no. 11.343 / 2006 - Law to combat illicit drug trafficking, although issues related to criminology, criminal law, constitutional law and others are addressed. In dealing specifically with the crime of possession of drugs for personal consumption, it is clear that the abolition of deprivation of liberty is not a matter of abolition of criminals or decriminalization, but of *novatio legis in melius*, for some authors only decriminalization, for Others, it is about deprization and decarcerization. Because there is the possibility of applying sanctions such as warning, community service and attendance in rehabilitation programs, and by express legal provision, the conduct of possession of drugs for personal consumption is criminal offense that retains in relation to the conduct the effects Of punishment, such as criminal recidivism. The crime of possession of drugs for personal consumption is not an irrelevant criminal, which, because of its minimal offense to the protected legal good, does not require criminal prosecution. The possession and possession of drugs for personal consumption are crimes of less offensive potential; it is considered typical conduct for the purposes of Law no. 11,343 / 2006. It is important to clarify that the small amount of drugs in possession size of the accused is not considered insignificant, since it is sufficient and essential that the active principle of the substance is present. For purposes of applicability of Law no. 11,343/2006, it is considered an irrelevant criminal only the use of drugs, which is not confused, above all, with the possession of drugs for personal consumption.

**Keywords:** Abolish Criminis. Typical Conduct. Personal Consumption. Decriminalization. Deprivationalization. Drugs.

## SUMÁRIO

<u>1 INTRODUÇÃO</u>	7
<u>2 VIOLÊNCIA E CRIMINALIDADE NO BRASIL</u>	11
<u>2.1 POLÍTICA BRASILEIRA DE COMBATE ÀS DROGAS ILÍCITAS</u>	14
<u>3 A IMPORTÂNCIA DO EQUILÍBRIO DA NORMA PENAL NO ESTADO DE DIREITO</u>	23
<u>3.1 A IMPORTÂNCIA DA PREVENÇÃO DO CRIME. DO DIREITO PENAL MÁXIMO E DO DIREITO PENAL MÍNIMO</u>	28
<u>3.3 DA LEI PENAL NO TEMPO</u>	31
<u>4 LEI Nº. 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006 – LEI DE COMBATE AO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS</u>	35
<u>4.1 TOXICOLOGIA FORENSE</u>	37
<u>5 A DESPRISIONALIZAÇÃO E DESCARCEIRIZAÇÃO DO CRIME DE PORTE DE DROGAS ILÍCITAS PARA USO PESSOAL</u>	42
<u>5.1 JURISPRUDÊNCIA</u>	46
<u>6 CONCLUSÃO</u>	50
<u>REFERÊNCIAS</u>	54

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo trata-se de uma pesquisa científica que foi desenvolvida com o propósito de desenvolver uma monografia jurídica. O estudo possui caráter explicativo, sendo composto de dados qualitativos e quantitativos, cuja produção do conhecimento se pauta no processo lógico-dedutivo, partindo-se do geral para o particular.

Salutar esclarecer que a pesquisa demonstra a importância da interpretação conforme a constituição, além de diversos aspectos inerentes à norma penal e sua vigência, enfatizando os principais aspectos referentes à Lei nº. 11.343/2006 – Lei de combate ao tráfico ilícito de drogas, assim como as estatísticas criminais e demais elementos associados à abordagem do direito penal, dentre os quais, o desenvolvimento tecnológico e o fenômeno da globalização.

De modo geral, pode-se esclarecer que o estudo pauta-se no tema da violência e criminalidade associada às drogas, dando-se ênfase à despenalização da conduta de portar ou possuir drogas para consumo pessoal, prevista no artigo 28, por ocasião da entrada em vigor da Lei nº. 11.343/2006 – Lei de combate ao tráfico ilícito de entorpecentes.

O objetivo geral deste estudo é demonstrar a importância da repressão criminal às condutas típicas associadas ao tráfico de drogas, bem como, da importante repressão às diversas condutas e tipos penais descritos na Lei nº. 11.343/2006, para tanto, sendo demonstradas as evidências estatísticas que demonstram que grande parte da violência e da criminalidade é resultado dos crimes afetos ao tráfico de drogas.

O objetivo específico do estudo, entretanto, é demonstrar que a conduta de portar e possuir drogas para consumo pessoal não se trata de um insignificante penal, uma vez que o tipo penal permanece sendo considerado como crime, embora de menor potencial ofensivo.

Alguns doutrinadores têm tentado demonstrar que o fato de inexistir pena privativa de liberdade em relação ao usuário de drogas é suficiente para demonstrar que houve *abolitio criminis* em relação a essa conduta, contudo, é necessário um aprofundamento referente aos demais princípios e institutos jurídicos para que seja possível demonstrar que, apesar de inexistência de pena privativa de liberdade, as sanções previstas na norma são de caráter penal, permanecendo em relação à



conduta todos os demais efeitos da sanção penal (como os antecedentes criminais), admitindo-se, porém, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Parte-se da seguinte pergunta: “por ocasião da entrada em vigor da Lei nº. 11.343/2006, houve *abolitio criminis* ou a despenalização da conduta de porte e posse de drogas para consumo pessoal?”.

Durante o desenvolvimento do trabalho são apresentadas diversas teorias e entendimentos, dentre os quais, o mais pacífico é de que houve, em relação à conduta descrita no artigo 28, da Lei nº. 11.343/2006, apenas a despenalização, uma vez que se aplicam penas que não sujeitam o acusado à privação da sua liberdade.

A hipótese de pesquisa formulada é a seguinte: “com a entrada em vigor da Lei nº. 11.343/2006, manteve-se o caráter ilícito da conduta de portar e possuir drogas para consumo pessoal, não se trata, portanto, de *abolitio criminis*, mas de *novatio legis in melius*, uma vez que houve, em relação à referida norma penal, uma simples despenalização da referida conduta, ou, para alguns doutrinadores, a descarceirização e desprisionalização”.

Diante do presente estudo corrobora-se a hipótese de pesquisa, tendo como base os fundamentos apresentados pela maioria da doutrina e o entendimento pacificado no âmbito dos tribunais superiores: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiça do Estado do Paraná.

O referencial teórico da pesquisa divide-se em quatro tópicos, onde se apresentam os principais aspectos relacionados com o tema da repressão aos crimes relacionados com o tráfico ilícito de drogas.

No primeiro tópico, o objetivo do estudo é demonstrar que a violência e a criminalidade são resultantes de diversos fatores, nenhum destes podendo ser considerado como determinante.

A violência e a criminalidade são prejudiciais à ordem pública, prejudicando o convívio e as interações humanas na sociedade. Os índices e estatísticas criminais brasileiras evidenciam o colapso do sistema de segurança pública no país. Levando-se em consideração as dimensões continentais da República Federativa do Brasil, é importante que sejam adotadas políticas públicas sólidas neste segmento de atuação do Estado.

No que se refere ao tráfico de drogas, salutar esclarecer que uma parcela significativa das pessoas submetidas ao encarceramento possuem relação direta ou

indireta com esse tipo de ilícito penal. Com base nestes aspectos, a Lei nº. 11.343/2006 demonstra aspectos positivos e negativos referentes à repressão criminal associada ao tráfico de drogas.

O segundo tópico do presente estudo demonstra à importância de um sistema penal adequado, que seja proporcional e razoável, capaz de associar ao caráter retributivo da pena a reintegração social dos egressos do sistema prisional. Abordando-se os aspectos referentes ao direito penal máximo e o direito penal mínimo, dentre outros, é possível afirmar-se que o Estado deve priorizar a prevenção criminal, por esse tipo de política de segurança pública ser mais providente no atendimento das necessidades da sociedade.

Ao tratar da vigência da norma penal, é importante trazer ao presente estudo os principais aspectos associados ao estudo da lei penal no tempo, uma vez que o presente estudo procura enfatizar os aspectos referentes ao porte e posse de drogas para consumo pessoal, uma vez que a polêmica em relação a esse tema orbita a *abolitio criminis*, a *novatio legis incriminadora*, a *novatio legis in pejus*, a despenalização e a desprisionalização.

Procurando aprofundar ao tema referente à repressão dos crimes associados ao tráfico ilícito de drogas, no terceiro tópico da pesquisa apresentam-se os principais aspectos relacionados à Lei nº. 11.343/2006. Importante esclarecer que a matéria é complexa, de caráter multidisciplinar, portanto, são salutares os esclarecimentos referentes aos conceitos inerentes às diversas condutas relativas às drogas, mister se faz o estudo da toxicologia.

No quarto tópico dá-se ênfase ao crime de porte e posse de drogas ilícitas para uso pessoal, sendo abordados os principais aspectos referentes ao tipo penal e as críticas da doutrina que resultam das inovações legislativas da Lei nº. 11.343/2006.

Serão apresentadas discussões e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, com o objetivo de demonstrar que, apesar de ser considerado um crime de menor potencial ofensivo, o porte e a posse de drogas para consumo pessoal é conduta tipificada como crime, não tendo sido descriminalizada pelo legislador ordinário, uma vez que houve, apenas, a despenalização, ou, mais especificamente, a desprisionalização.

Ao final do presente estudo demonstram-se as considerações finais e conclusões. Importante esclarecer que a pretensão da pesquisa não objetiva esgotar

o tema referente aos crimes tipificados na Lei nº. 11.343/2006, mas, sim, demonstrar que a repressão da conduta de porte e posse de drogas para consumo pessoal é imprescindível para que sejam atendidas as necessidades e os interesses da sociedade na preservação da ordem pública.

## 2 VIOLÊNCIA E CRIMINALIDADE NO BRASIL

Preliminarmente, ao tratar dos índices de criminalidade e violência, é imprescindível ter-se a ciência de que nenhum fator é determinante, ao tratar desses aspectos Roberson e César (2007, p. 7) esclarecem que:

O crime é um fenômeno causado por um amplo número de fatores de índole muito diversa, ponto que parecem esquecer aqueles que tentam questionar a importância de algum desses fatores afirmando que há pessoas expostas aos mesmos condicionantes e que não desenvolvem condutas criminosas. Obviamente, não há condições que garantam que uma pessoa cometerá crimes, mas é certo que determinados contextos favorecem mais a proliferação da delinquência.

O Brasil é um país de dimensões continentais, possuindo extensa região litorânea, tendo região de fronteira com a maior parte dos países da América do Sul, destes, apenas dois não possuem fronteira com o Território brasileiro, apesar de possuírem relações diplomáticas e comerciais bastante sintonizadas: o Chile e o Equador.

Figura 1: Mapa Político.



Fonte: <http://www.guianet.com.br/brasil/politico.gif>.

Dentre as principais riquezas se destacam a biodiversidade ambiental e a cultura nacional. Apesar de toda essa riqueza, considerando, ainda, a imensidão do território nacional, a sociedade brasileira convive com adversidades de diversas naturezas, como: problemas sociais, violência, crime, desmatamento, poluição, má distribuição de renda.

Com base nos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, referentes ao ano de 2016, estima-se que a população nacional ultrapasse, neste mesmo ano, o quantitativo de 206 milhões de habitantes.

Esse aumento da população pode influenciar nos índices de criminalidade e violência no país, caso não sejam implantadas políticas públicas eficientes destinadas à redução das desigualdades sociais, o que exige mecanismos e instrumentos de inclusão social adequados.

Segundo Roberson e César (2007, p. 7): “para o poder público, segurança converteu-se também num dos maiores itens orçamentários e em objeto de preocupação”.

Com base em dados estatísticos fornecidos por órgãos oficiais do Estado Renato e Samira publicaram no 10º Anuário da Segurança Pública uma composição de informações e análises, as quais indicam uma suave redução dos índices de criminalidade no de 2015 em relação a esses mesmos índices referentes ao ano de 2014:

A cada 9 minutos uma pessoa foi morta violentamente no país [...] 58.492 mortes violentas intencionais em 2015, incluindo vítimas de homicídios dolosos, de latrocínios, de lesões corporais seguidas de morte e mortes decorrentes de intervenções policiais [...] redução de 2% ante ao dado de 2014, quando 59.740 pessoas foram mortas [...] 1.238 vidas foram poupadas, mas ainda muito distante de países civilizados (RENATO E SAMIRA, 2016, p. 7).

Um dado bastante importante referente a esse estudo é o de que 54% dessas vítimas são jovens com idade entre 15 a 24 anos de idade, sendo 73% pretos e pardos. A fim de demonstrar o elevado índice de violência no Brasil, autores esclarecem que entre março de 2011 e novembro de 2015 a Guerra na Síria foi responsável por 256.124 mortes, no Brasil, entre janeiro de 2011 e dezembro de 2015, o número de vítimas da violência foi de 279.592 pessoas. A política de segurança pública se consolida em ações reativas de intervenção policial. No ano de 2015, a estimativa é de que 3.345 pessoas foram vítimas de intervenções policiais,

entre 2009 e 2015, esse número é de 17.688 mortos. A taxa de letalidade policial no Brasil é de 1,6 pessoas mortas pela polícia para cada 100.000 habitantes, em Honduras essa taxa é de 1,2 e na África do Sul é de 1,1. A taxa de homicídios em Honduras é de 62,5 pessoas mortas para cada 100.000 habitantes, e na África do Sul é de 34,0, no Brasil, essa taxa é de 25,7. Observe-se, portanto, que apesar de possuir uma taxa de homicídios muito menor do que países como Honduras e África do Sul, a taxa de letalidade policial no Brasil é superior, o que indica a necessidade de que sejam adotadas políticas públicas orientadas à redução da violência policial.

Renato e Samira haviam demonstrado esse mesmo dado no ano de 2014, por ocasião da publicação do 8º Anuário da Segurança Pública, porém, muito pouco (ou quase nada) foi feito em relação à violência policial no Brasil:

ao menos 6 pessoas foram mortas por dia pelas polícias brasileiras em 2013 [...] 490 policiais tiveram mortes violentas no ano de 2013 [...] nos últimos 5 anos a soma é de 1.770 policiais vitimados. No mesmo período, as polícias brasileiras mataram o equivalente ao que as polícias dos EUA em 30 anos [...] Brasil (2009-2013) 11.197 pessoas mortas pela polícia [...] EUA (1983-2012) 11.090 pessoas mortas pela polícia (RENATO E SAMIRA, 2016, P. 8).

Os dados demonstram que não somente as polícias brasileiras são violentas, mas, que a própria sociedade é violenta. A estimativa é de que ao menos um policial é morto em serviço diariamente no Brasil, porém, considerando-se a totalidade de policiais vítimas da violência, a maior parte dessas mortes ocorre fora de serviço.

As despesas com segurança pública no Brasil custam aos cofres públicos o equivalente a R\$ 76,3 bilhões, o que representa 1,3% do PIB, quando associados a esses valores os custos sociais da violência (despesas médicas com as vítimas, manutenção do sistema prisional) esses valores e percentuais são ainda mais significativos.

A política salarial dos profissionais de segurança pública pode ser considerada como um dos principais motivos desse número elevado de policiais vitimados fora do serviço, pois esses profissionais acabam exercendo algum tipo de atividade remunerada a fim de complementar a renda e suprir as necessidades próprias e de sua família. Boff (2016, p. 1), ao tratar da política salarial do serviço público, mencionando matéria publicada no jornal O Estado de São Paulo, esclarece que no ano de 2016, em razão da crise política e financeira diversos Estados brasileiros deixaram de adimplir com os compromissos salariais dos servidores

públicos: “Rio Grande do Sul e mais seis unidades da Federação não têm recursos para pagar o 13º salário. Além do Estado, enfrentam problemas de caixa para garantir o benefício Distrito Federal, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Bahia, Sergipe e Roraima”. Esse fator irá influenciar os dados referentes à vitimização policial no ano de 2016, uma vez que a falta de pagamento dos profissionais de segurança pública influencia significativamente para o aumento desses índices.

Além desses aspectos, importa ressaltar o cenário caótico do sistema penitenciário nacional, pois, segundo Renato e Samira (2016, p. 8-9), os números referentes a esses dados apontam resultados ainda mais negativos em relação à segurança pública brasileira, expondo a sociedade aos riscos decorrentes desse cenário: “O número de pessoas encarceradas no Brasil atingiu 574.207 [...] o déficit de vagas nos presídios brasileiros cresceu 9,8% entre 2012 e 2013 e atingiu um total de 220.057 vagas faltantes”. Entre 1999 e 2014, o aumento do contingente carcerário brasileiro foi de 213,1%. A estimativa é de que se o crescimento do contingente populacional carcerário mantiver-se nos percentuais atuais, aproximadamente 1,5 milhões de pessoas estarão submetidas ao regime penitenciário até o ano de 2030. Atualmente, o sistema penitenciário nacional conta com aproximadamente 1.434 unidades prisionais, porém, para abrigar a quantidade de 1,5 milhões de detentos, seria necessário construir, no prazo de 15 anos, outras 5.780 unidades. Segundo o presente estudo, 49% dos presos encontram-se presos em razão de crimes contra o patrimônio, 12% por crime de homicídio e 25% em razão do tráfico de drogas. Um dos grandes problemas é de que os crimes contra o patrimônio e os crimes de homicídio possuem íntima relação com o tráfico de drogas.

Não é possível afirmar que o tráfico de drogas seja responsável única e exclusivamente pelo aumento dos índices de criminalidade e de violência no país, mas sua relação com esses índices é bastante significativa. Ao observar que 25% do contingente carcerário correspondem a criminosos envolvidos diretamente com o tráfico de drogas pode-se afirmar que o estudo inerente a esse tipo de conduta é de extrema relevância.

## 2.1 POLÍTICA BRASILEIRA DE COMBATE ÀS DROGAS ILÍCITAS

Um dos grandes problemas associados ao consumo de drogas ilícitas é a

influência dessas condutas em relação ao aumento da criminalidade e da violência. O surgimento de organizações criminosas, o desenvolvimento da tecnologia e uma diversidade muito grande de fatores influenciam e interagem com os crimes relacionados ao tráfico de drogas acarretando prejuízos bastante significativos a sociedade e aos cofres públicos. Esses acontecimentos são mais expressivos nos grandes centros urbanos, onde circulam mais riquezas, porém, o tráfico de drogas prejudica o desenvolvimento econômico de pequenas municipalidades. Diante dessa análise, pode-se afirmar que o problema associado ao tráfico de drogas é global, pois afeta a economia e a ordem pública mesmo em comunidades menos expressivas.

Carvalho (1997, p. 18), ao tratar do combate às drogas ilícitas no Brasil, esclarece que iniciativas do Estado frente à repressão de condutas dessa natureza não é recente, existindo precedentes históricos desde o imperialismo:

A incriminação do uso, porte e comércio de determinadas substâncias tóxicas no Brasil já aparece nas Ordenações Filipinas, especificamente em seu Título 89, do Livro C. A primeira codificação de ordem criminal, o Código Penal Brasileiro de 1930 (Código Imperial), nada mencionava a respeito da matéria, sendo que a primeira disposição expressa sobre a proibição de algum tipo de substância tóxica somente é encontrada no Código Republicano de 1890.

Mesmo em suas origens mais remotas, as normas penais referentes ao tráfico de drogas consagram o tipo penal como uma norma penal em branco, vinculada a disposições oriundas dos órgãos sanitários, portanto, o conceito de droga está associado à discricionariedade do poder executivo. A toxicomania tornou-se um problema de saúde a ser combatido em diversos países do mundo, exigindo medidas efetivas de controle, dentre as quais, se destacam as iniciativas legislativas associadas à regulamentação do uso e venda dessas substâncias. No Brasil, a Consolidação das Leis Penais de 1932 disciplinou a matéria, sendo importante relatar a que houve outros, como: o Decreto 780, modificado pelo Decreto 2.953, de agosto de 1938. Apesar de todas essas iniciativas, é possível afirmar que a primeira iniciativa efetiva no campo do combate ao tráfico ilícito de drogas no Brasil foi o Decreto-Lei nº 891, de novembro de 1938:

este Decreto-Lei é elaborado de acordo com as disposições da Convenção de Genebra de 1936 e trás normas relativas à produção, tráfico e consumo, juntamente com relação de substâncias consideradas tóxicas que,



logicamente, deveriam ser proibidas pelos países que ratificassem a orientação da convenção (CARVALHO, 1997, p. 21).

Saliente-se que o Código Penal de 1942, em seu artigo 281, manteve o aspecto referente à norma penal em branco, condição que se mantém até os dias de hoje em relação às normas referentes ao combate do tráfico ilícito de drogas. Já se encontravam inclusos nos dispositivos dessas normas, ainda, as condutas referentes ao plantio, cuja regulamentação deu-se por meio da Lei nº. 4.451, a qual promoveu a descodificação desses dispositivos e a imperiosa necessidade de elaborar-se norma especial a fim de regular a matéria, culminando, portanto, no Decreto nº. 54.216, de 267 de agosto de 1964. A partir de 10 de fevereiro de 1967, por ocasião do Decreto-Lei nº. 159, os entorpecentes foram equiparados a determinadas drogas, cuja principal característica associada a essas substâncias foi a sua capacidade de causar dependência física e/ou psíquica.

A respeito do processo histórico de criação de um sistema de combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e ao consumo de drogas, Carvalho salienta que: “a necessidade de incrementar a repressão e criar nova estratégia político-criminal, voltada para a década de oitenta, fomenta o surgimento da Lei nº. 6.368/1976”. O combate às drogas no Brasil, portanto, é influenciado pela Convenção Única de 1961, essa orientação traz no seu bojo os fundamentos médico-jurídicos, tendo sido superada, por ocasião da Lei nº. 6.368/1976, pelos fundamentos jurídico-políticos associados à criminalização de condutas.

Cumprе salientar que a Lei nº. 11.343/2006 – Lei de combate ao tráfico ilícito de drogas é a norma penal que se encontra em vigor no país, a qual trouxe inovações no campo da repressão criminal assim como da prevenção e recuperação do dependente. Embora a referida norma tenha flexibilizado a penalidade imposta sobre o usuário, tornou-se significativamente mais severa em relação ao traficante, trazendo, em pauta, a necessidade de que sejam adotadas políticas públicas associadas à prevenção, neste sentido Andreucci (2009, p. 137): “percebe-se nitidamente que não tem a nova Lei de Drogas o propósito único de punir, mas também de prevenir o tráfico e uso indevidos, cuidando igualmente do tratamento e da recuperação do dependente”.

Como o propósito da norma não se subsume apenas na repressão criminal, determinados autores consideram-na como norma que possui elementos de direito penal mínimo, entretanto, não se pode afirmar tal perspectiva em relação à conduta

associada á traficância, uma vez que em relação a essa, a norma penal passou a prever sanções penais mais severas, se comparadas àquelas previstas na lei precedente.

Ao tratar do tema, Guimarães (2007, p. 16) esclarece que a questão exige uma discussão aprofundada, sob a égide dos seguintes aspectos: “o problema do uso de drogas não encontrou uma política jurídica coerente no campo jurídico-criminal brasileiro”. Uma das circunstâncias à qual o autor destaca, em relação ao sistema jurídico-penal pátrio, é o de inexistir uma orientação bem definida da política criminal. Isso se dá em razão de inexistir uma orientação definida conquanto à delineação dos propósitos do Estado brasileiro.

Diante disso, em relação ao consumo e tráfico de drogas, o autor argumenta que permanece indefinida a orientação de cultura jurídica, uma vez que não há regência dominante de propósitos do minimalismo penal ou se vigentes as intenções do direito penal máximo. Para Guimarães (2007, p. 16) é importante discernir que o uso de drogas não deve, sobretudo, ser equiparado ao tráfico de drogas: “o problema do uso de drogas é um verdadeiro problema de saúde pública e que deve ser antes tratado e prevenido como tal, do que perseguido criminalmente”. Apesar dessa distinção, o autor deixa evidente a necessidade de que sejam implementadas políticas públicas voltadas à prevenção e ao tratamento dos usuários de drogas com dependência física e/ou psíquica.

Capez (2008, p. 200), ao realizar uma abordagem relativa aos precedentes da Lei nº. 11.343/2008 – Lei de combate ao tráfico ilícito de drogas dispõe que:

A legislação básica era composta das Leis nº. 6.368, de 21 de outubro de 1976, e nº. 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Essa última pretendia substituir a Lei nº. 6.368/76, mas o projeto possuía tantos vícios de inconstitucionalidade e deficiências técnicas que foi vetado em sua parte penal, somente tendo sido aprovada a sua parte processual [...] acabando com essa lamentável situação, adveio a Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006, a qual, em seu artigo 75, revogou expressamente ambos os diplomas legais.

A exposição contextual do autor deixa bastante claro que o combate ao tráfico de drogas não se apresenta como tarefa de fácil solução, uma vez que envolve situações e circunstâncias que refletem diretamente na saúde e segurança pública. A nova ordem normativa, resultado da entrada em vigor da Lei nº. 11.343/2006, propõe-se a dar soluções adequadas aos usuários e medidas

profilático-penais em relação aos traficantes dessas substâncias. Dentre os propósitos da Lei se destacam: a criação do Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas – SISNAD; prescrição de medidas de prevenção ao uso indevido; prescrição de medidas de reinserção social dos usuários e dependentes; previsão de novos crimes relativos às drogas; estabelecimento de novos procedimentos criminais.

Ao tratar da revogação dos dispositivos previstos na Lei nº. 10.409/02 e na Lei nº. 6.368/76, por ocasião da entrada em vigor da Lei nº. 11.343/06, Guimarães (2007, p. 4) argumenta que:

Entendemos que o estabelecimento do novo regime legal antidrogas pacificará os problemas exegéticos tão exacerbadamente discutidos ao longo da curta vida da Lei nº. 10.409/02, embora seja necessário um novo olhar sobre as questões mais polêmicas antes das referidas, para o dimensionamento de política criminal adequada ao nosso sistema jurídico-constitucional e de uma política jurídica que propicie estruturação mais eficiente para o Ministério Público e polícia.

Com base na exposição do autor, observa-se que a nova regulamentação da política de combate ao tráfico e ao uso de drogas no Brasil inova positivamente em diversos aspectos, priorizando o tratamento do dependente de drogas e repressão penal mais severa em relação ao tráfico de drogas.

Apesar dos avanços observados na Lei um dos principais paradigmas em relação à repressão do tráfico de drogas ainda é a necessidade de que sejam implantadas políticas públicas efetivas no campo da prevenção e na repressão a crimes dessa natureza. Inobstante, é necessário que essas políticas públicas estejam de acordo com os propósitos insculpidos pelo legislador constituinte na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Dentre as políticas públicas que mais se destacam no campo da repressão aos crimes associados ao tráfico de drogas estão as políticas de segurança pública.

As políticas de segurança pública são as que mais incidem no campo da prevenção e repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes, aspecto que foi previsto pelo próprio legislador constituinte ao descrever as atribuições dos órgãos que compõem o sistema nacional de segurança pública. Importante esclarecer que embora o tráfico ilícito de entorpecentes tenha sido estabelecido como atribuição da polícia federal, diante da complexidade e da evolução do crime organizado, os demais órgãos de segurança pública tem atuado fortemente neste segmento sob o fundamento da competência residual. Essa atuação com base e fundamento na

competência residual decorre, inclusive, da interpretação doutrinária dos princípios que incidem sobre o conceito de poder de polícia. Segundo Meduar (2015, p. 395), o poder de polícia, exercido pelos diversos órgãos do Estado, apresenta as seguintes características:

Em essência, poder de polícia é a atividade da Administração que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades. É uma das atividades em que mais se expressa sua face autoridade, sua face imperativa. Onde existe um ordenamento, este não pode deixar de adotar medidas para disciplinar o exercício de direitos fundamentais de indivíduos e grupos.

Um dos conceitos mais apropriados do conceito de poder de polícia é a sua própria definição legal, a qual se faz existente no artigo 78, *in verbis*, da Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Diante desse conceito legal, é possível observar que o poder de polícia se consolida nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, estando associado a esses aspectos a competência, revestindo de legalidade e legitimidade o ato administrativo praticado. O ato administrativo que exorbita os limites da lei ou é exercido por agente sem competência legal (não revestido de competência residual) pode ser considerado como abuso ou desvio de poder, admitindo-se, em determinados casos, a responsabilização do sujeito nas esferas civil, penal e administrativa, isolada ou cumulativamente.

A Constituição de 1988, em seu artigo 144, *caput*, estabelece a segurança pública como dever do Estado, direito e obrigação de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio dos órgãos que compõem o sistema nacional de segurança pública, sendo eles: a polícia federal, a polícia rodoviária federal, a polícia ferroviária federal, as polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares. Importante

esclarecer que também exerce função importante no campo das municipalidades as guardas municipais, responsáveis pela preservação das instalações, serviços e patrimônio pertencente aos municípios. A segurança pública viária é exercida pelos órgãos, autoridades e agentes de trânsito, sendo exercida para a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio nas vias públicas. Compete aos órgãos de segurança pública o dever de reprimir condutas ilícitas e a fiscalização, circunstâncias que ocorrem por meio do exercício do poder de polícia – administrativa e/ou judiciária. Ao tratar dos órgãos que compõe o sistema nacional de segurança pública convém destacar os seguintes:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Tratando especificamente do tráfico ilícito de drogas convém destacar os seguintes aspectos constantes no § 1º, do artigo 144, da Constituição Federal:

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

- I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;
- II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;
- III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;
- IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

Embora o legislador constituinte tenha estabelecido a repressão ao tráfico de drogas como atividade atribuída à polícia federal, essa função não é exercida com exclusividade. A dinâmica do crime organizado impõe aos demais órgãos que compõe o sistema nacional de segurança pública o dever de preservação da ordem pública, assim, a repressão ao crime de tráfico de drogas e entorpecentes apresenta-se como uma competência residual. Pode-se afirmar que a previsão constitucional a esse tipo de crimes resulta de uma intenção expressa do legislador constituinte de reprimir e combater delitos dessa natureza. Notoriamente isso se dá

em razão dos riscos (potenciais) a que ficam expostos o Estado, a sociedade e o próprio usuário – dependência física e/ou psíquica, crimes decorrentes e relacionados, etc. Diante desses aspectos pode-se afirmar que não se presume a competência dos demais órgãos de segurança pública na repressão aos crimes relacionados ao tráfico ilícito de drogas, pois esses órgãos encontram-se no dever de reprimir o crime por meio de ações de repressão imediata, e preveni-lo por meio do policiamento ostensivo e preventivo. A repressão imediata ocorre no momento em que os agentes e autoridades policiais encontram-se no momento do fato delituoso, capturando os criminosos e coletando provas para a devida instrução penal. O policiamento preventivo é exercido regularmente pelas instituições policiais que atuam ostensivamente, dentre as quais se destacam as polícias militares (policiamento ostensivo fardado), corpos de bombeiros militares (defesa civil e atribuições previstas em lei), polícia rodoviária federal (policiamento ostensivo nas rodovias federais), polícia ferroviária federal (policiamento ostensivo nas rodovias federais), e, ainda, a própria polícia federal (exercício do policiamento ostensivo marítimo, de fronteira e aeroportuário).

Essa orientação de atribuições e de competência residual que se impõe aos demais órgãos de segurança pública o dever de reprimir e prevenir o uso de drogas ilícitas decorre, inclusive, da própria Lei nº. 11.343/2006, uma vez que é manifesta a intenção do legislador ordinário nesse sentido, inclusive. Esses aspectos possuem fundamento no artigo 1º, e 7º, da referida norma:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

[...]

Art. 7º A organização do Sisnad assegura a orientação central e a execução descentralizada das atividades realizadas em seu âmbito, nas esferas federal, distrital, estadual e municipal e se constitui matéria definida no regulamento desta Lei.

Ao observar os artigos supracitados, verifica-se que a Lei nº. 11.343/2006 não somente legitima a atuação de todos os órgãos que compõem o sistema nacional de segurança pública na repressão e prevenção ao uso de drogas ilícitas, como também lhes impõe o dever de atuar na esfera de suas competências.

Neste sentido, o legislador não somente destaca a importância e relevância,

mas, estabelece deveres e obrigações aos diversos órgãos públicos nas esferas Federal, Distrital, Estadual e Municipal. Essa perspectiva de regulamentação da atividade de segurança pública por meio de lei ordinária resulta da própria intenção do legislador constituinte no que é afeto à segurança pública, aspecto que se encontra insculpido no § 7º, do artigo 144, *in verbis*: “§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades”.

A repressão ao tráfico ilícito de drogas e de entorpecentes, portanto, não se atribui exclusivamente à polícia federal, mas como atribuição que se impõe a todos os órgãos de segurança pública e, destarte, a todos os segmentos de atuação do Estado no que se refere à prevenção ao uso de drogas. Neste último caso, sob o prisma da gestão integrada de segurança pública, cuja interpretação é decorrente do *caput* do artigo 144, devem estar integrados a essas políticas públicas de prevenção ao uso de drogas ilícitas os diversos segmentos de atuação pública, instituições privadas e a própria sociedade.

### 3 A IMPORTÂNCIA DO EQUILÍBRIO DA NORMA PENAL NO ESTADO DE DIREITO

O convívio em sociedade exige do indivíduo a submissão a regras de comportamento, quando essas regras são quebradas decorre o que se denomina de ruptura da harmonia social, deteriorando a ordem pública, elemento necessário e imprescindível para a vida em sociedade. Segundo Aristóteles (2002, p. 15):

É necessário que todos os cidadãos participem em comum de tudo ou de nada, de alguma coisa e de outras não. Não participar de nada é impossível, indubitavelmente; pois a sociedade política é como uma comunidade. Pelo menos o solo precisa ser comum a todos, a unidade de lugar constituindo a unidade de cidade, e a cidade pertencendo em comum a todos os cidadãos.

Os sujeitos integrantes de uma sociedade encontram-se obrigados a cumprir determinadas atividades e abster-se de outras, o propósito disso é a harmonia social, portanto, em um Estado de Direito, as liberdades conferidas ao indivíduo não são absolutas, mas relativas, ainda que se constituam direitos e garantias fundamentais. Para Aristóteles (2002, p. 14) é impossível ao homem comum viver isento das interações sociais, uma vez que a própria condição humana é a vida em sociedade; o Estado antecede ao indivíduo e isso corresponde a uma ordem natural:

o que não consegue viver em sociedade, ou que não necessita de nada porque basta a si mesmo, não participa do Estado; é um bruto ou uma divindade. A natureza faz assim, com que todos os homens se associem [...] A justiça constitui a base da sociedade.

Dallari (2005, p. 9), aprofundando o tema da sociedade e sua relação com as normas jurídicas, expõe que:

A vida em sociedade traz evidentes benefícios ao homem, mas, por outro lado, favorece a criação de uma série de limitações que, em certos momentos e em determinados lugares, são de tal modo numerosas e frequentes que chegam a afetar seriamente a liberdade humana. E, apesar disso, o homem continua vivendo em sociedade.

Dessas perspectivas decorrem as teorias do surgimento da sociedade e do Estado, se uma consequência natural ou a máxima expressão da vontade do ser humano. De qualquer modo, nos dias atuais, seria impossível, talvez ímprobo, ao



homem viver isolado do convívio social, uma vez que em decorrência do desenvolvimento tecnológico e do fenômeno da globalização, seria possível afirmar que se existem sociedades primitivas que vivem isoladas, mesmo essas, obrigam-se a estabelecer regras de conduta. Importante esclarecer que uma simples reunião de pessoas não constitui uma sociedade, pois essa é constituída com objetivos comuns, os quais têm como finalidade básica, o bem comum de todos. As normas jurídicas ou as simples normas de conduta são a expressão materializada desses objetivos comuns de uma sociedade, essas normas estabelecem direitos e obrigações aos indivíduos, seu caráter imperativo é em essência a máxima expressão de uma sociedade.

Em um Estado de Direito vigem diversas normas, essas normas possuem relação entre si, uma vez que decorrem das máximas expressões de uma sociedade, o elemento de orientação responsável pela uniformização dos preceitos sociais pode ser encontrado nas normas constitucionais. É na norma constitucional que se torna possível a identificação dos princípios e valores fundamentais nos quais se pautam determinada sociedade, dessas normas irradiam os direitos e deveres dos cidadãos integrantes de uma sociedade. Ao realizar uma abordagem primária desse tema, Cruz (2002, p. 23) expõe que: “todas as normas de um ordenamento jurídico encontram-se intimamente relacionadas, não sendo possível dividi-las em grupos herméticos e sem comunicação entre si”.

A respeito do Estado de Direito Constitucional Montesquieu (2002, p. 197) traz a seguinte análise: “não basta haver tratado da liberdade política em sua relação com a constituição; cumpre apresentá-la sob o ponto de vista da relação que ela mantém com o cidadão [...] a liberdade política consiste na segurança”. Não é a constituição que garante ao cidadão a sua liberdade, mas o poder que emana do povo é que se fortalece por meio da positivação de seus interesses na norma constitucional. O Estado Democrático e de Direito existe para o atendimento das necessidades de uma sociedade a fim de garantir a harmonia social; o Estado detém a tutela do poder, porém, todo poder emana do povo sendo exercido direta ou indiretamente por meio de seus representantes eleitos. A limitação da liberdade natural do indivíduo tem como propósito o convívio harmônico, necessário e imprescindível para o equilíbrio nas interações que ocorrem na sociedade. Em um Estado Democrático de Direito nenhuma liberdade ou direito é absoluto, mas relativo em si mesmo, os direitos e garantias fundamentais não legitimam condutas

antagônicas aos interesses prioritários da sociedade.

Foucault (2006, p. 23), ao realizar um estudo referente aos suplícios, esclarece a importância de que seja encontrado o equilíbrio entre a punição do criminoso e a retributividade social, uma vez que o principal objetivo das normas penais em um Estado de Direito não se subsume apenas na imposição de sanções ao infrator, mas a providência necessária ao reingresso do criminoso na sociedade. Para o alcance desses objetivos é salutar que sejam sempre revistos os métodos e processos de responsabilização dos criminosos, o que exige intenso esforço. Esse esforço, entretanto, não se restringe ao campo das normas constitucionais, ou mesmo, ao campo das inovações legislativas ou de processos punitivos, mas a uma ação conjunta de caráter transdisciplinar que se preocupe com a prevenção criminal, onde interagem as ações dos diversos segmentos da sociedade:

Se nos limitarmos à evolução das regras de direito ou dos processos penais, corremos o risco de valorizar como fato maciço, exterior, inerte e primeiro, uma mudança na sensibilidade coletiva, um progresso do humanismo, ou o desenvolvimento das ciências humanas [...] apenas as formas sociais, corremos o risco de colocar como princípio da suavização punitiva processos de individualização que são antes feitos das novas táticas de poder e entre elas dos novos mecanismos penais.

A solução aos problemas decorrentes da criminalidade e o alcance da harmonia social compreendem não somente o campo da justiça, ou mesmo a atividade legislativa, ou, ainda, esforços do poder executivo, mas, sim, da soma de esforços em busca da redução das desigualdades sociais. Apesar de não existirem elementos determinantes da criminalidade, não se pode negar que determinadas circunstâncias influenciam nos índices de violência. A violência das sanções penais, por si própria, não reduz a delinquência ou a criminalidade, uma vez que atendem aos propósitos da sociedade na retribuição do mal causado pelo criminoso. Não se pode negar a necessidade de aplicar sanções punitivas aos infratores da lei, sendo importantes, inclusive, os processos de reintegração dos egressos do regime penitenciário, destarte, dentre todas essas possibilidades, as mais efetivas são as medidas associadas à prevenção criminal.

Beccaria (2002, p. 53-54) evidencia a relevância de que as normas penais sejam aplicadas coerentemente, o que exige um arsenal jurídico adequado e justo, que procure punir o criminoso e reintegrá-lo na sociedade oportunamente após o cumprimento da reprimenda. A tortura ou os suplícios apenas demonstram o

potencial violento do Estado, não sendo métodos apropriados ao alcance dos objetivos de uma sociedade justa, livre e igualitária e que se consolida em princípios de Direitos Humanos.

Diante do espetáculo dessa imensidade de tormentos que jamais tornaram melhores os homens, desejo examinar se a pena de morte é realmente útil e se é justa em um governo sábio [...] a soberania das leis nada mais é do que a soma das partes de liberdade que cada qual cedeu à sociedade [...] a pena de morte, pois, não se apóia em nenhum direito. É guerra que se declara a um cidadão pelo país, que considera necessária ou útil a eliminação desse cidadão. Se eu provar, contudo, que a morte nada tem de útil ou de necessário, ganharei a causa da humanidade [...] uma pena, para ser justa, precisa ter apenas o grau de rigor suficiente para afastar os homens da senda do crime.

Um dos grandes problemas associados à norma penal é a identificação da penalidade que será eficiente a produzir efeitos positivos na sociedade, a relação entre a reprimenda e a recusa da conduta pela sociedade é essencial para que uma pessoa abstenha-se da prática de determinados atos. O sistema penal, de modo geral, preocupa-se com essa relação, o legislador fixa penalidades e estabelece procedimentos para a depuração do *quantum* de penalidade a ser imposta ao condenado, ao que se dá o nome de dosimetria da pena. Em relação aos diversos tipos de penalidades existentes, pode-se afirmar que as que mais impõem temor são as que extinguem a vida do indivíduo, entretanto, as que possuem maior efetividade são as se perpetuam no tempo:

Nossa alma suporta mais as violências das dores extremas, porém passageiras, do que ao tempo e ao prosseguimento do desgosto [...] em um país em que a pena de morte é empregada, é forçoso para cada exemplo que se dá, um novo crime; enquanto que a escravidão perpétua de um só culpado coloca sob os olhos do povo um exemplo que permanece e se repete [...] pode-se dizer que a pena de escravidão perpétua é do mesmo modo uma pena rigorosa e, conseqüentemente, tão cruel quanto à morte (BECCARIA, 2002, p. 54-55).

A pena de morte, utilizada em muitos países (inclusive no Brasil, nos crimes militares em tempo de guerra) não se demonstrou suficiente a suprimir da sociedade toda forma de violência e criminalidade. Seria ilusória a hipótese de que algum sistema de controle social possa suprimir a violência e a criminalidade em uma sociedade. O crime é fato social quase que característico das sociedades humanas, neste sentido, a norma penal deve ser hábil a reduzir a incidência de crimes e prevenir a delinquência. A reprimenda, sob o caráter da retributividade, não deve ser

o único propósito da norma penal. A punição deve buscar a humanização e reintegração dos condenados e não submetê-los a tormento desnecessário ou subtrair-lhes a vida. O criminoso não perde a sua condição de cidadão e de sujeito de direitos humanos, não pode, portanto, ser comparado a um inimigo do Estado. A vida de um único inocente não justifica a morte de milhares de condenados. A pena de morte, como sanção penal, não pode ser revertida, assim, os inocentes condenados à morte não terão a oportunidade de usufruir de seus direitos após a comprovação da inocência.

Segundo Bittencourt (2012, p. 39), não se pode confundir direito penal comum e especial com legislação penal comum e especial:

Cumprir destacar que a distinção entre Direito Penal comum e Direito Penal especial não deve ser confundida com legislação especial comum – Código Penal – e com legislação penal especial, também conhecida como legislação extravagante, que é constituída pelos demais diplomas legais que não se encontram no Código Penal.

O direito penal comum e especial refere-se ao campo de atuação de determinados campos da justiça especializada – militar, eleitoral, comum – enquanto a legislação penal comum e especial refere-se a normas existentes no Código de Processo Penal e àquelas existentes em outros diplomas normativos – legislação extravagante.

Segundo Paulo e Fernando<sup>1</sup> é importante observar que a norma penal possui caráter subsidiário, sendo um importante instrumento de preservação da harmonia social a disposição do Estado. Não se resume ao Código Penal, uma vez que existem diversas normas extravagantes. As normas extravagantes regulam condutas típicas de natureza penal que, por suas características, exigem procedimentos específicos de repressão penal, portanto, não perdem o caráter subsidiário do Direito Penal:

O direito penal se compõe de um complexo de dispositivos (proibições e comandos), distribuídos na Parte Especial do Código e em leis extravagantes. Cada dispositivo legal é uma norma penal. O legislador penal, dentre os comportamentos humanos atentatórios ao direito, seleciona os mais graves para descrevê-los e inclui-los nas normas penais. São elas imperativas, vedando ou determinando condutas, que interessem às condições de paz, de existência e de progresso do Estado. Ao qualificarem

---

<sup>1</sup> DA COSTA JÚNIOR, Paulo José. DA COSTA, Fernando José. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

determinados comportamentos humanos como contrários aos fins sociais, as normas penais valoram.

A norma penal é composta de preceitos primários e secundários. O preceito primário da norma obriga o sujeito a dirigir ou abster-se de determinadas condutas, esta o preceito secundário da norma penal prevê sanções penais em razão da insubmissão desses preceitos imperativos. Esses preceitos se fundem, uma vez que compõem uma unidade lógica, desde que se trate de normas perfeitas, pois, em determinados casos, como é o caso das normas penais em branco, apesar de seu caráter imperativo, determinadas disposições encontram-se em normas extrapenais.

### 3.1 A IMPORTÂNCIA DA PREVENÇÃO DO CRIME. DO DIREITO PENAL MÁXIMO E DO DIREITO PENAL MÍNIMO

São diversas as teorias que se aplicam no que se refere às características das normas penais, segundo Bittencourt (2012, p. 40):

O direito penal pode ser concebido sob diferentes perspectivas, dependendo do sistema político por meio do qual um Estado soberano organiza as relações entre os indivíduos pertencentes a uma determinada sociedade, e a forma como exerce seu poder sobre eles. Nesse sentido, o Direito Penal pode ser estruturado a partir de uma concepção autoritária ou totalitária de Estado, como instrumento de persecução aos inimigos do sistema jurídico imposto, ou a partir de uma concepção Democrática de Estado, como instrumento de controle social limitado e legitimado por meio do consenso alcançado entre os cidadãos de uma determinada sociedade.

O que o autor quis esclarecer é o fato de que determinados Estados vêem o criminoso como inimigo do Estado, e não como um cidadão que comete infrações penais. Nos Estado Democrático de Direito, apesar do criminoso sofrer sanções penais, sendo tolhido do exercício de determinados direitos em garantias fundamentais durante o cumprimento da penalidade imposta pelo Estado, ele permanece como sujeito titular de direitos. Outros Estados, porém, de características diversas, podem conceber ao infrator da lei o mesmo tratamento que é dado àqueles considerados como inimigos do Estado. O bem jurídico da norma penal é a proteção dos direitos e garantias fundamentais, portanto, é expresso o seu caráter subsidiário, uma vez que a *ratio legis* da norma penal possui sentido social próprio, que objetiva

punir a lesão desses bens jurídicos, uma vez que imprescindíveis para a dignidade humana.

Uma das teorias mais salientes em termos de repressão penal é aquela que se fundamenta na repressão máxima a todo tipo de delitos, também conhecida como tolerância zero. Segundo Roberson e Bondaruk (2007, p. 61), a tolerância zero (ou intolerância) é uma das principais vertentes do Direito Penal Máximo na atualidade. Essa teoria preconiza a repressão máxima a qualquer tipo de comportamento delituoso, aplicando aos infratores sanções penais rígidas.

Chamada pelos críticos de “teoria da intolerância total” prega um fortalecimento de todo o sistema estatal de segurança pública, tendo como carro chefe a repressão a todo e qualquer ilícito, principalmente os de menor potencial ofensivo, de forma implacável. Isto é decorrente da chamada “teoria dos pequenos delitos”, que afirma que, os maiores deixarão de ocorrer ou terão uma diminuição drástica.

Com base nas teorias de direito penal máximo, se presume que o temor da repressão penal traz a harmonia social, deste modo, punindo-se severamente as infrações de menor potencial ofensivo os sujeitos obstam a prática de condutas mais graves em razão das sanções que decorrem dessas condutas. Para alguns doutrinadores essa teoria não se justifica, uma vez que determinados criminosos podem ser reintegrados à sociedade sem que a isso seja necessária a imperiosa penalidade privativa de liberdade em relação a pequenos delitos. Destarte, determinados sujeitos, ainda que tenham praticado condutas ilícitas, sequer apresentam risco potencial à sociedade, não se justificando, portanto, que lhes sejam aplicadas penalidades extremas. Em diversas situações a simples penalidade que restringe direitos, como as penas alternativas, pode influenciar positivamente na reintegração social do delinqüente.

A teoria das janelas quebradas, *the broken windows*, implementada em Chigaco, nos Estados Unidos da América, também conhecida como Teoria das Janelas Quebradas, é uma das principais iniciativas que demonstram estar na prevenção criminal o resultado mais efetivo de redução da violência e da criminalidade, neste sentido Roberson e César (2007, p. 61): “É considerada uma evolução da Teoria da Tolerância Zero, onde a comunidade ao invés de buscar a repressão absoluta para todos os crimes, mesmo os de menor potencial ofensivo, procura detectar quais são os problemas e solucioná-los”.

Existem diversos exemplos de políticas de Direito Penal Mínimo, as quais objetivam uma redução da repressividade penal e a busca pela solução pacífica dos litígios, isso, logicamente, quando se tratar de crimes de menor potencial ofensivo, destacando-se uma atuação mínima do Estado no âmbito da repressão penal. Ao tratar da norma penal, em especial da norma processual penal, Magno (2011, p. 69) observa o seguinte: “ocorrida à infração penal, cada Estado elege o sistema para solucionar o conflito surgido em decorrência da prática. A infração penal traz desassossego ao meio social, cabendo ao Estado indicar a política criminal a ser adotada”. Em determinadas condutas típicas, o direito penal pátrio admite a autocomposição entre autor do fato e vítima, de modo a evitar a ação penal, procurando uma solução consensual anterior a própria ação penal. São exemplos dessa expectativa: a transação penal e a suspensão condicional do processo, ambos institutos previstos na Lei nº. 9.099/95.

Segundo Penteado Filho (2012, p. 101) o crime é fato social, cuja extinção é bastante improvável, entretanto, é possível que o Estado possa alcançar índices de criminalidade que sejam razoavelmente aceitos pela sociedade, o que exige a adoção de políticas públicas de prevenção e repressão penal adequadas e eficientes:

o meio social deve ser analisado sob seu múltiplo estilo de ser, adquirindo tal atividade um raio de ação muito extenso, visando uma redução de criminalidade e prevenção; até porque seria utopia zerar a criminalidade. Todavia, a conjugação de medidas sociais, políticas, econômicas etc. pode proporcionar uma sensível melhoria de vida ao ser humano.

Pode-se afirmar que Aristóteles, Foucault e Beccaria, ao tratarem do direito penal orientam-se com base nestes mesmos aspectos. Segundo esses autores, a repressão penal deve buscar o ideal de justiça, nisso estando estabelecida uma relação de proporcionalidade e racionalidade e razoabilidade. Extrai-se do estudo desses autores que uma sociedade não sobrevive sem a obediência dos cidadãos a regras de comportamento, sendo necessária a aplicação de sanções a comportamentos que rompem a harmonia social. As consequências do delito, como ofensa social, devem ser apreciadas impondo-se ao responsável pela conduta uma penalidade que possui caráter de retributivo-social, cuja pretensão não se resume a esse horizonte, mas também à prevenção. Diante da análise desses autores, pode-se afirmar que além da aplicação da reprimenda penal justa e adequada, cumpre ao Estado utilizar-se de instrumentos adequados à reinserção do infrator na sociedade

durante e após a execução da pena, sobretudo, priorizando políticas de prevenção criminal. Assim como a ausência de punição não responde aos anseios da sociedade, a adoção de políticas criminais severamente repressivas não é eficiente. A vingança pública, assim como a vingança privada, não se apresenta como mecanismo eficiente de repressão criminal.

### 3.3 DA LEI PENAL NO TEMPO

Ao tratar da lei penal do tempo, Capez (2012, p. 73) prefere o termo eficácia ou atividade, entendendo que tal perspectiva é mais adequada ao propósito dessas percepções:

O fenômeno jurídico pelo qual a lei regula todas as situações ocorridas durante o seu período de vida, isto é, de vigência, denomina-se de atividade. A atividade da lei é a regra. Quando a lei regula situações fora de seu período de vigência, ocorre a chamada *extra-atividade*, que é a exceção. A extra atividade pode ocorrer com situações passadas ou futuras. Quando a lei rotula situações passadas, ou seja, antes do início de sua vigência, a extra-atividade denomina-se retroatividade. Por outro lado, quando se aplica mesmo após a cessação de sua vigência, a extra-atividade será chamada de ultra-atividade [...] a regra é a atividade da lei penal (aplicação apenas durante o seu período de vigência), pois uma lei só pode ter eficácia quando existir. A exceção é a extra-atividade da lei penal mais benéfica, que comporta duas espécies: a retroatividade e a ultra-atividade.

Segundo o autor, considera-se *abolitio criminis*, o surgimento de nova lei que deixa de considerar determinada conduta como fato criminoso, revogando o tipo penal incriminador, deste modo o fato passa a ser atípico e conseqüentemente deixa de ser uma infração penal. Como consequência disso, tanto o inquérito penal como a própria ação penal devem ser, respectivamente, trancados e extintos. Esse horizonte de análise é bastante apropriado para fins de análise dos dispositivos penais trazidos por ocasião da entrada em vigor da Lei n°. 11.343/2006 – Nova lei de drogas, uma vez que a referida norma deixa de aplicar pena privativa de liberdade em relação à conduta de porte ou posse de drogas para consumo pessoal. Ao deixar de aplicar sanções penais restritivas de liberdade, aplicando somente as penas de advertência, prestação de serviços e medidas educativas, não se pode afirmar que houve descriminalização – *abolitio criminis* – mas, sim, desprisionalização, uma vez que o fato não é mais punido com pena restritiva de



liberdade. O autor aponta a necessidade de uma revisão da Lei de Introdução do Código Penal, por esta não mais atender às demandas jurídico-penais da atualidade.

Capez (2012, p. 77), ao aprofundar ao tema da lei penal no tempo, aborda, ainda, os seguintes aspectos:

*Novatio legis in melius*: é a lei posterior (novatio legis) que, de qualquer modo, traz um benefício para o agente no caso concreto (*in melius*). A *lex mitior* (lei melhor é a lei mais benéfica, seja anterior ou posterior ao fato. *Novatio legis in pejus*: é a lei posterior (novatio legis) que, de qualquer modo, venha a agravar a situação do agente no caso concreto (*in pejus*). Nesse caso a *lex mitior* (lei melhor) é a lei anterior. A lei menos benéfica, seja anterior ou posterior, recebe o nome de *Lex gravior* (lei mais grave). *Novatio legis incriminadora*: é a lei posterior que cria um tipo incriminador, tornando típica a conduta considerada irrelevante penal para a lei anterior.

A nova lei mais severa ao acusado será sempre válida e apta a aplicação de seus dispositivos aos fatos ocorridos após a sua entrada em vigor, não retroagindo em prejuízo dos acusados. A nova lei mais benéfica será aplicável aos fatos anteriores e aos fatos posteriores à sua vigência, pois retroage em benefício do réu, possuindo ultraatividade. A nova lei incriminadora não pode retroagir, uma vez que a inexistência de tipo penal é considerado como irrelevante penal.

Segundo Capez (2012, p. 79), um dos problemas relacionados à vigência e eficácia das normas situa-se no campo da existência de aspectos benéficos e prejudiciais ao acusado em ambas as normas. Neste caso existirá um conflito positivo de normas, parte da doutrina entende que a aplicação de dois dispositivos mais benéficos constantes em duas normas distintas que possuem período de vigência em momentos diferentes trata-se de criação de uma terceira norma, não sendo adequado: “combinação de leis – é tema bastante polêmico, porquanto se argumenta que, ao dividir a norma para aplicar somente a parte mais benéfica, estar-se-ia criando uma terceira regra”.

Ao tratar das normas penais, e das normas em geral, é salutar esclarecer que estas podem modificar-se ou até extinguir-se com o passar dos anos, isso se dá em função da própria evolução da sociedade. As normas surgem para o atendimento de uma necessidade humana, quando já tenham alcançado seus objetivos ou quando não mais eficientes a esse propósito, seja por sua obsolescência ou por não se justificarem os motivos de sua existência, tendem a extinguir-se, seja por inovações legislativas ou pelo próprio desuso das normas. Ao

tratar das normas penais no tempo, Paulo e Fernando (2012, p. 79) esclarecem que:

Poderá a lei penal extinguir-se no decurso do tempo em que devesse vigorar, no caso de disposições transitórias. Ou então pela obtenção do escopo a que se houvesse proposto. Ou mesmo pela eliminação do pressuposto que a houvesse gerado.

Não se confundem as leis temporárias ou excepcionais, existentes para o atendimento de necessidades específicas e determinadas, válidas mesmo após o prazo de sua vigência com as leis penais revogadas ou derogadas, neste último caso, cessam os efeitos das sanções penais aplicadas. Naturalmente as normas penais podem extinguir-se por meio da *abolitio criminis*, podendo ser total (ab-rogação) ou parcial (derrogação). Após a revogação da norma penal, expressa ou tacitamente, o tipo penal previsto em seus dispositivos deixa de ser passível de punição. A revogação importa na extinção imediata dos efeitos penais da condenação, tal fato é denominado de descriminalização, não se justificando, portanto, o prosseguimento da execução penal e demais consequências que são resultantes da condenação.

De todo modo, não se pode confundir, também, a *abolitio criminis* (descriminalização) com a *novatio legis in melius*, uma vez que na última hipótese ocorre o surgimento de norma penal com previsão de sanção penal menos gravosa, creditando à conduta um senso de reprovação menos severo. Paulo e Fernando (2012, p. 80), abordando esses aspectos, doutrinam que: “a hipótese de lei mais benigna é aquela em que o máximo da pena vem a ser reduzido, ou então o mínimo, quando o máximo permaneça inalterado”. A lei mais benigna sempre será mais favorável ao réu, portanto poderá retroagir em favor desses, seja reduzindo a penalidade ou extinguindo a possibilidade de sanção, observado o caso concreto, e finalizam os autores: “a sucessão das leis regula-se por dois princípios genéricos, o da irretroatividade da lei incriminadora e o da retroatividade da lei mais benéfica”.

Bittencourt (2012, p. 203), ao tratar do tema, expõe que: “assim como nenhuma forma de manifestação de vida consegue evitar a ação corrosiva e implacável do tempo, a lei penal também nasce, vive e morre”. Enquanto vigente, a norma penal rege os atos abrangidos por sua destinação, somente perdendo essa eficácia após o surgimento de nova norma regulando a mesma matéria. Essa característica refere-se à eficácia da lei penal no tempo, mais especificamente, trata

da irretroatividade da norma penal, como regra, sendo a sua exceção a retroatividade ou ultraatividade, sempre quando for mais benéfica ao acusado. Isso se dá em função do princípio da segurança jurídica, que permite ao cidadão a prática de atos que não estejam proibidos em lei, não sendo punível a prática de ato antes da vigência da norma.

Bittencourt(2012, p. 203-204) define *abolitio criminis* da seguinte forma: “ocorre *abolitio criminis* quando a lei deixa de considerar crime fato anteriormente tipificado como ilícito penal [...] retroage para agastar as consequências jurídico-penais a que estariam sujeitos os autores”. Ao tratar da eficácia da norma penal no tempo, Bittencourt define *novatio legis in melius* da seguinte forma: “lei nova que mesmo sem descriminalizar, é mais favorável ao sujeito”. Ambas as situações tratam-se de *Lex mitior*, uma vez que são favoráveis aos acusados, seja em relação à extinção da conduta típica ou da previsão de sanção menos severa ao acusado. Dentro dessa perspectiva, ainda que se considere praticado o crime no momento da ação ou omissão. O princípio da irretroatividade da norma penal não é absoluto, pois, a norma mais favorável ao acusado sempre será ultra-ativa, portanto, aplicável a fatos que ocorreram antes da sua vigência ou mesmo após a sua revogação.

#### 4 LEI Nº. 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006 – LEI DE COMBATE AO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Com base no artigo 1º, da Lei nº. 11.343/2006 – Lei de combate ao tráfico ilícito de drogas, observa-se que o Estado não deve preocupar-se exclusivamente com a repressão aos crimes desta natureza, mas, inclusive, da reinserção e reintegração social de usuários e dependentes de drogas. Ao abordar essa perspectiva, é importante trazer o conceito do que seja droga ilícita para fins de aplicação da Lei, cuja definição legal encontra-se no parágrafo único do artigo em comento, in verbis: “Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.

Consideram-se drogas, portanto, as substâncias capazes de causar dependência física e/ou psíquica, cujo caráter ilícito estará consignado à previsão legal ou descrição de seus compostos em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. Assim, a conduta típica prevista na norma penal é norma penal em branco, a qual prescinde de outra norma para fins de subsunção da conduta ao tipo. Se inexistente o teor ilícito da substância em lei ou lista o fato não pode ser considerado como crime, uma vez que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo não previsto em lei, do mesmo modo, vigente é o princípio da anterioridade da norma penal, direito fundamental ao exercício da liberdade individual. Do mesmo modo, a inserção da substância nas listas em momento posterior não poderá resultar em consequências penais à pessoa que tenha cometido o ato em momento anterior. Para fins de aplicação da norma penal, a ausência de tipificação de conduta é considerada um irrelevante penal. Essa perspectiva resulta de uma interpretação dos incisos II, XXXIX e XL, do artigo 5º, da Constituição: “[...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...] XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. O mesmo ocorre em relação ao fato que deixa de ser crime, ou de substância que deixa de constar em lista ou lei como droga ilícita, havendo, nesse caso, permissividade ao seu uso e comércio.

Capez (2011, p. 203), ao tratar desse aspecto salienta que: “somente haverá crime na Lei nº. 11.343/2006 se a conduta descrita no tipo se der em desacordo com

as disposições legais ou regulamentares, ou seja, sem autorização do Poder Público”. Deste modo, a norma não prevê sanção penal àquele que usa, possui, ou pratica qualquer conduta descrita no tipo penal se houver previsão legal ou regulamentar, ou que o faça por expressa autorização do Poder Público. As condicionantes dessa conduta asseveram a observância da Lei, nos termos do artigo 2º, parágrafo único, in verbis:

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.  
Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

A regra é a proibição de condutas, dentre as quais se incluem: o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais se podem extrair ou produzir drogas ilícitas. O legislador, contudo, admite a possibilidade de que essas drogas possam conter substâncias de interesse científico e destinadas ao atendimento dos interesses da sociedade, portanto, torna-se possível a realização de pesquisas científicas desde que existente autorização legal, obedecida a regulamentação, porém, essa autorização compete, exclusivamente, à União. Denota-se que, nos termos do parágrafo único, mesmo quando existente a autorização, pela União, para fins de pesquisa, quando essa for realizada em desacordo com a autorização ou regulamentação o fato constituirá um ilícito penal por ofensa ao elemento normativo do tipo, nesse sentido Capez (2011, p. 203):

Elemento normativo do tipo é aquele cujo significado exige prévia interpretação pelo juiz. O elemento normativo dos crimes de drogas está descrito na seguinte expressão: ‘sem autorização’ ou ‘em desacordo com determinação legal ou regulamentar’.

Andreucci (2009, p. 203), neste mesmo sentido, argumenta que o conceito legal de drogas não se restringe à categoria de entorpecentes, ou mesmo, de substâncias capazes de causar dependência física e/ou psíquica, mas sim, aquelas a que o Estado entende potencialmente causadoras de dependência. Trata-se, portanto, do exercício da discricionariedade administrativa, e não de característica

da substância:

Com a nova lei, foi adotado um conceito legal desta categoria jurídica chamada drogas, que não ficou restrito à categoria dos entorpecentes, nem das substâncias causadoras de dependência física ou psíquica. Consideram-se drogas todas as substâncias ou produtos com potencial de causar dependência com a condição de que estejam relacionadas em dispositivo legal competente.

No cotidiano é possível certificar-se de que diversas substâncias podem causar dependência física e/ou psíquica, entretanto, isso não requer afirmar que o usuário dessas substâncias esteja cometendo um ilícito, uma vez que se essa substância ou produto não constar na lista de drogas ilícitas emitida pelos órgãos públicos essa conduta será um irrelevante penal ou simples exercício de um direito pelo cidadão. Para Andreucci (2009, p. 138):

Ao referir-se a drogas, portanto, a nova lei seguiu a orientação do diploma anterior, criando normas penais em branco, cujo preceito deve ser complementado por norma de natureza extrapenal, no caso Portaria do Serviço de Vigilância Sanitária, do Ministério da Saúde. Assim, se for constatada a existência de alguma substância entorpecente não relacionada na portaria n°. 334/98, por força do princípio da estrita legalidade, sua produção, comercialização, distribuição ou consumo não constituirá crime de tráfico ou de porte para consumo pessoal.

Diversas substâncias que são consumidas pelos cidadãos são capazes de causar dependência física e/ou psíquica – como o tabaco e o álcool – entretanto, essa conduta não se subsume ao fato típico, pois ausente a incidência do elemento normativo do tipo sobre a conduta. Isso não requer afirmar que o fato não se constitua um problema de saúde, mas, sobretudo, trata-se de um irrelevante penal.

#### 4.1 TOXICOLOGIA FORENSE

Capez (2011, p. 274) classifica as drogas ilícitas em três grupos: psicolépticos – entorpecentes propriamente ditos; psicoanalépticos – drogas estimulantes, que provocam excitação no agente; psicodislépticos – provocam alucinações e perda total de contato com a realidade. Para o autor, o grande problema não é o de classificar o que sejam substâncias ilícitas, mas, sim, o de quais substâncias químicas tem potencial capaz de causar dependência e que devem ser consideradas como drogas ilícitas: “a Lei n°. 11.343/2006 adotou o

sistema de normas penais em branco, somente considerando como droga a substância que estiver elencada em portaria própria do Ministério da Saúde”. Somente as substâncias que constam na referida portaria é que podem ser consideradas como drogas ilícitas, deste modo, trata-se de norma penal heterogênea, pois os dispositivos que descrevem a conduta resultam de norma infralegal. Outro problema afeto a esse horizonte de possibilidades se pauta no fato de que não basta à substância constar na lista do Ministério da Saúde, mas, possuir o princípio ativo capaz de causar dependência física ou psíquica, o que somente se comprova por meio de laudo de exame químico-toxicológico: “sementes, folhas e galhos de maconha não constituem objeto material do crime, porque não geram efeitos psicotrópicos”. Diante disso, pode-se afirmar que quando a substância não for taxativamente declarada pelo Ministério da Saúde como droga ilícita, ou, ainda, quando essa não apresentar o princípio ativo no caso concreto, o fato será atípico. Para o autor, não somente as drogas ilícitas trazem problemas sociais e de ordem pública, mas também outras, que são livremente utilizadas pelos cidadãos, entretanto, atualmente o uso de ansiolíticos tem ocasionado uma diversidade muito grande de problemas sociais e econômicos resultantes do uso inadequado, causando enfermidades, dentre as quais, a dependência química e/ou física dos usuários.

Penteado Filho (2012, p. 123), em relação ao uso de drogas na sociedade, ressalta os seguintes aspectos:

no passado se reduzia a uma proporção nítida da sociedade (prostitutas, marginais), passou a aflorar indistintamente em todos os segmentos (escolas, universidades, serviços públicos, empresas etc.); ocorreu uma espécie de globalização de consumo de entorpecentes. Para a criminologia é importante o estudo das drogas e de seus reflexos na sociedade e na própria criminalidade.

Segundo o autor, as drogas, quanto aos seus efeitos e características, são classificados em quatro grupos: “psicoanaléticos (estimulantes); psicolépticos (depressores); psicodislépticos (alucenógenos); pampsicoptrícos (anticonvulsivantes e demais drogas da atualidade capazes de causar dependência física e/ou psíquica”. Tóxico é qualquer substância de origem animal, vegetal ou mineral capaz de causar efeitos maléficos, podendo ocasionar a morte. Psicotrópicos são substâncias que exercem efeitos sobre a capacidade mental do indivíduo, alterando

sua funcionalidade. Toxicomania é um estado de intoxicação, periódica ou crônica, de elevado potencial nocivo ao usuário e à sociedade, que é resultante do consumo de drogas naturais ou sintéticas. Dependência ou farmacodependência são estados psíquicos causados pela droga no organismo, modificando comportamentos e causando outras alterações e reações, cujo uso pode levar o indivíduo à dependência física e/ou psíquica. A tolerância de uma substância se subsume ao fato de uma pessoa aumentar gradativamente a dosagem de uma droga obtendo os mesmos efeitos.

O estudo da toxicologia, segundo Greco *et al.*, é de relevante importância para a ambiência forense, uma vez que dela se extraem informações que constituirão dados para a apuração de fatos e responsabilização de infratores da lei. A sua importância não se resume, simplesmente, aos crimes relacionados às drogas ilícitas como, também, na apuração de fatos relacionados a outros tipos de delitos com emprego de substâncias tóxicas.

Toxicologia é a ciência que se ocupa do estudo dos venenos ou substâncias tóxicas, quer do ponto de vista de seus efeitos sobre o organismo humano, quer relativamente à sua pesquisa no seio desse organismo. Ou seja, a Toxicologia estuda as substâncias que atuam em reação química com a célula viva. São as energias de ordem química (GRECO *et al.*, 2013, p. 129).

A toxicologia ocupa-se com diversos aspectos da interação entre as substâncias químicas e o organismo humano, sendo importante para o diagnóstico das intoxicações agudas ou crônicas. As substâncias químicas são energias que influenciam no funcionamento e desempenho das células do corpo humano. Essas substâncias podem agir interna (cáusticos) ou externamente (venenos) podendo ocasionar lesões de diversas naturezas e outros efeitos colaterais.

Ao tratar das substâncias tóxicas, Greco *et al.* explicam que quanto à classificação as substâncias tóxicas dividem-se conquanto à forma pela qual atuem sobre os tecidos, quanto ao seu estado físico, quanto à origem, quanto às funções químicas e quanto ao uso. As substâncias químicas podem atuar no organismo humano por meio de diversas formas de penetração como: via gastrointestinal, vias respiratórias, via endérmica ou hipodérmica, pela pele e mucosas ou diretamente pela corrente circulatória. Existem diversos fatores que influenciam nos efeitos da substância tóxica no organismo dentre os quais se destacam: a quantidade, o estado físico e composição, o veículo com que se administra a via de penetração e



as condições do usuário. Após os efeitos essas substâncias são frequentemente eliminadas pelo organismo por meio dos aparelhos urinários, digestivo, pulmões, suor, saliva e bile. Ao tratar das drogas, o autor salienta dois aspectos importantes, os quais são de relevante importância para o presente estudo, a tolerância e a dependência:

Tolerância se refere à capacidade de resistência aos efeitos das drogas [...] dependência é a subordinação da pessoa à necessidade da droga, podendo ser psicológica ou física. A pessoa dependente, caso não logre consumir a droga, sofre a chamada 'síndrome de abstinência', que é uma situação de desconforto e sofrimento, um conjunto de sintomas decorrentes da falta da droga. A dependência tem profundas consequências de ordem penal e processual penal (GRECO *et al*, 2013, p. 133).

Apesar das drogas ilícitas apresentarem potencial elevado de dependência química e/ou psíquica, determinados sujeitos possuem tolerância maior ou menor em relação ao composto químico dessas substâncias. Um dos principais problemas associados ao uso de drogas ilícitas é, portanto, a dependência, responsável por uma diversidade muito grande de efeitos colaterais sobre o indivíduo que se torna potencialmente perigoso por consequência da interrupção do uso. A síndrome de abstinência ocorre por ocasião da ausência de uso de drogas pelo dependente. Esse fato pode limitar os freios morais a ponto de o sujeito submeter-se à prática de condutas contrárias aos costumes ou, ainda, favorecer a prática de ilícitos em busca de recursos financeiros para a aquisição de drogas.

Greco *et al*. expõem, ainda, uma classificação em relação às drogas, de fundamental importância para o estudo em comento:

Drogas. Problema social e jurídico assaz conhecido. As drogas podem ser classificadas em:

- a) Permissíveis – aquelas que, embora produzam efeitos nocivos, são aceitas socialmente. Ex.: cafeína (café, chá, coca-cola), nicotina, álcool;
- b) Prescritivas – aquelas cujo uso terapêutico advém de seus efeitos principais, sendo obtidas por meio de prescrição médica. Ex.: analgésicos de ação periférica, antitérmica e antimicrobiana;
- c) Controladas – aquelas que estão sob um controle especial, devido a vários fatores. Ex.: opiáceos, sedativos, estimulantes, alucinógenos, barbitúricos e anfetaminas (GRECO *et al*, 2013, p. 124).

Observe-se, portanto, que a sociedade hodiernamente convive com o uso de substâncias químicas, cuja composição pode expor o indivíduo a riscos, dentre os quais, a intoxicação e a dependência química. As drogas permissíveis são bastante

comuns, utilizadas pelas pessoas cotidianamente sem qualquer problema, entretanto, algumas dessas são de uso restrito a determinados sujeitos com idade superior a dezoito anos como: o tabaco e bebidas alcoólicas. Algumas substâncias tóxicas são destinadas a tratamentos de saúde, sendo possível a sua prescrição médica a fim de que sejam tratadas enfermidades ou doenças, sendo essas as drogas prescritivas. As drogas controladas são aquelas que recebem especial tratamento pelos órgãos de saúde, uma vez que seu potencial de risco é elevado, podendo levar o usuário à dependência química ou intoxicação.

Para Greco *et al.* determinadas drogas, como o álcool, apesar de não serem consideradas substâncias ilícitas causam diversos problemas sociais e de saúde. Embora o uso dessas substâncias seja aceito socialmente, elas são responsáveis por um número muito grande de prejuízos à sociedade.

O alcoolismo pode ser considerado tanto como doença como comportamento condicionado [...] é responsável por mais da metade dos acidentes automobilísticos e internações em hospitais, segundo dados estatísticos, além de estar presente na grande maioria dos casos de lesões corporais e homicídios. Apesar de legalizado, o consumo de bebidas alcoólicas gera, além dos gastos comuns relacionados, dos problemas familiares e prejuízos à saúde decorrentes deste vício, inúmeros problemas sociais, inclusive o tratamento dos alcoólatras (GREGO *et al*, 2013, p. 124).

Andreucci (2009, p. 140) esclarece que os usuários de substâncias que causam dependência física e/ou psíquica podem ser submetidos a tratamento destinado à reinserção social cujo horizonte clínico pode albergar procedimentos de ordem clínica, psiquiátrica, psicológica e terapia ocupacional, ambos destinados à desintoxicação e à prevenção da recaída. Diante desses aspectos, pode-se definir tratamento da toxicomania da seguinte forma: “um conjunto de medidas terapêuticas aplicadas a um paciente, com o objetivo de aliviar os transtornos decorrentes do uso indevido de drogas, visando a sua recuperação e posterior reinserção social”.

## 5 A DESPRISIONALIZAÇÃO E DESCARCEIRIZAÇÃO DO CRIME DE PORTE DE DROGAS ILICITAS PARA USO PESSOAL

Ao tratar da Lei nº. 11.343/2006 – Lei de combate ao uso de drogas é importante destacar o caráter nacional da referida legislação, uma vez que estabelece uma série de deveres e obrigações à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, instituindo o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, além de prescrever medidas de prevenção ao uso indevido, destinadas à reinserção social dos usuários e dependentes, prevendo novos crimes e estabelecendo procedimento criminal, neste sentido Capez (2011, p. 200): “o mencionado diploma legal tem aplicação no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tratando-se, portanto, de diploma legislativo de caráter nacional, e não apenas federal”.

Em relação ao tipo penal que se refere ao consumo pessoal Capez (2011, p. 201) argumenta o seguinte: “várias são as condutas incriminadas, constituindo-se um tipo misto alternativo”. A norma trouxe uma diversidade de modificações relativas à figura do usuário de drogas, tendo criado duas figuras típicas – transportar e ter em depósito – substituindo o termo “substância entorpecente que determine dependência física ou psíquica” por “droga”.

Em relação à conduta do usuário a norma aboliu a possibilidade de que seja aplicada pena privativa de liberdade, passando a prever apenas penalidades de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa. A norma trouxe inovações no tipo penal, passando a ser considerado crime a conduta de semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de drogas para consumo pessoal. Segundo Capez, isso se dá em razão da objetividade jurídica da norma:

O objeto jurídico desse crime é a saúde pública, e não o viciado. A lei não reprime penalmente o vício, pois não tipifica a conduta de usar, mas apenas a detenção ou manutenção da droga para consumo pessoal. Dessa maneira, o que se quer evitar é o perigo social o qual representa a detenção ilegal do tóxico, ante a possibilidade de circulação da substância, com a consequente disseminação (CAPEZ, 2011, p. 203).

O sujeito ativo desse delito pode ser qualquer pessoa, pois não se trata de crime próprio, mas de conduta passível de ser cometida por qualquer cidadão. A partir dessa percepção, observe-se que o sujeito passivo é a coletividade, pune-se,

portanto, a conduta de deter ilegalmente substância tóxica em razão do perigo abstrato dessa exposição, exigindo resultado. Mesmo que o objetivo de possuir a droga ilícita seja o de consumo pessoal estará configurada a conduta ilícita, diante disso, é possível que o referido delito possa ser tentado, uma vez que pode ser interrompido por circunstâncias alheias á vontade do agente. A conduta de portar drogas para consumo pessoal tem como objeto material a substância capaz de causar dependência física e/ou psíquica constante nas listas do Ministério da Saúde, tratando-se, portanto, de droga ilícita ou que é portada ou possuída em desacordo com a norma regulamentar ou legal. Trata-se de norma penal em branco, uma vez que necessita de outra norma para definir o que seja droga ilícita, bem como, o que seja possuir a substância de acordo com o regulamento e na forma da lei. Capez (2011, p. 203): “somente haverá crime previsto na lei n°. 11.343/2006 se a conduta descrita no tipo se der em desacordo com as disposições legais e regulamentares, ou seja, sem autorização do Poder Público”.

Andreucci (2009, p. 153), ao tratar do mesmo tema, relata que:

para mínima parcela da doutrina pátria, a nova redação descriminaliza o porte de droga para uso próprio, uma vez que não prevê mais a pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, trazendo apenas a pena de advertência e duas penas restritivas de direito.

O referido autor esclarece, entretanto, que não houve descriminalização da conduta de portar drogas para consumo pessoal, mas apenas uma redução da pena que é imposta ao autor desse tipo de conduta. Ao punir-se de forma mais branda o autor do fato não se pode afirmar que isso resulte em *abolitio criminis*, uma vez que ocorreu, na verdade, *novatio legis in melius*, favorecendo condutas dessa natureza. A competência para o julgamento dos crimes de porte de drogas para consumo pessoal é do Juizado Especial Criminal, obedecidos aos procedimentos inerentes à Lei n°. 9.099/95 – Lei dos juizados especiais cíveis e criminais. A objetividade da norma se pauta na tutela da saúde pública, e, secundariamente, a proteção da vida e a saúde da coletividade. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, sendo sujeito passivo da relação o Estado. Considera-se como conduta a prática de quaisquer dos verbos constantes no artigo 28, da Lei n°. 11.343: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo, sendo importante esclarecer que a prática de mais de uma dessas condutas configurará apenas um delito, portanto, trata-se de tipo penal

de ação múltipla. Para fins de subsunção do fato ao tipo penal é imprescindível que por ocasião da análise sejam levados em conta a quantidade de droga apreendida, o local, as condições, circunstâncias sociais e pessoais e os antecedentes do agente. Considera-se objeto material do delito a droga ilícita. Diante desses fatos, trata-se de norma penal em branco, uma vez que cumpre ao Ministério da Saúde determinar o que sejam essas substâncias. Para que o fato seja considerado crime deve-se, ainda, observar a existência de descumprimento do preceito normativo: sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. O elemento subjetivo do tipo é o dolo, assim, o crime é consumado quando o agente livre e conscientemente pratica qualquer das modalidades de conduta. Andreucci entende não ser possível a prática do delito na forma tentada, por outro lado, esclarece que mesmo a quantidade ínfima de tóxico caracteriza o delito desde que seja possível identificar a presença do princípio ativo caracterizador da dependência física e/ou psíquica, assim, a posse de sementes não será capaz de ser considerada conduta típica quando inexistente o princípio ativo da droga.

Ao tratar da posse de drogas para uso pessoal, Capez (2011, p. 75) faz a seguinte observação:

O crime previsto no revogado artigo 16 da Lei n°. 6.368/1976 era punido com pena de detenção, de 6 meses a 2 anos (admissível o *sursis*, a progressão de regime e a substituição por pena restritiva de direitos, se presentes as condições gerais do Código Penal), e a pena de multa, de 20 a 50 dias-multa, calculados na forma do revogado artigo 38 da Lei n°. 6.368/1976. Tratava-se, no entanto, de crime de menor potencial ofensivo, sujeito ao procedimento da Lei n°. 9.099/1995, no qual incidiam igualmente os institutos despenalizadores desta, desde que preenchidos os requisitos legais.

O autor esclarece que na atualidade as unidas sanções previstas na norma em relação ao crime de porte ou posse de drogas para uso pessoal são a advertência, a prestação de serviços à comunidade e medidas educativas de comparecimento a programas relacionados ao uso de drogas. Não existe possibilidade de que seja aplicada qualquer pena privativa de liberdade em relação ao porte/posse de drogas para uso pessoal, deste modo, um dos maiores questionamentos sobre a matéria é se houve a descriminalização da conduta.

Alguns autores esclarecem que tal dispositivo tornou-se uma infração penal *sui generis*, e apesar de inserida no dispositivo judicial sancionador. A norma não pode ser classificada como administrativa e/ou penal, pois, apesar de inexistir

preceito secundário concernente à privação da liberdade, não se pode afastar o caráter punitivo da sanção de advertência, ou mesmo a prestação de serviços comunitários ou comparecimento em programas educativos. Apesar dessa discussão, Capez (2011, p. 76) posiciona-se no seguinte sentido:

Entendemos, no entanto, que não houve a descriminalização da conduta. O fato continua a ter natureza de crime, na medida em que a própria lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e às penas [...] as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso, o procedimento criminal do Juizado Especial Criminal [...]) A Lei de Introdução ao Código Penal está ultrapassada nesse aspecto e não pode ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XXI [...] não houve *abolitio criminis*, mas apenas 'despenalização', entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.

Considerando essa análise do autor, observa-se que o crime de porte/posse de drogas para uso pessoal não se apresenta, portanto, como um insignificante penal, mas de crime de menor potencial ofensivo (ínfimo) a conduta considerada insignificante pelo legislador é o uso, o qual, na verdade, trata-se de uma liberdade do indivíduo, uma vez que ao fazer uso de substância tóxica estará prejudicando a saúde pessoal. O porte/posse de drogas, diferentemente, apresenta risco potencial à saúde e à ordem pública de caráter coletivo, uma vez que o trânsito da substância expõe a sociedade a riscos decorrentes dessa conduta.

Andreucci (2009, p. 153), ao tratar desses aspectos referentes à posse/porte de drogas para consumo pessoal, saliente que:

Não houve, entretanto, a descriminalização da posse de droga para consumo próprio, mas apenas diminuição da carga punitiva, pois a nova lei, mesmo tratando mais brandamente o usuário, manteve a conduta como crime, fixando-lhe, dentre outras medidas, a pena de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, obrigando-o a se tratar, coisa que não acontecia na legislação anterior, em que, ante a permissividade da Lei nº. 9.099/1995, poderia ele transacionar com o Ministério Público, recebendo apenas pena de multa ou pena restritiva de direitos.

Apesar de o legislador não ter estabelecido penalidades maiores, não se pode afirmar que extinguiu por completo qualquer possibilidade de sanção penal, uma vez que apesar de atípicas, as sanções previstas pela Lei nº. 11343/2006, embora bastante sensíveis, ainda conservam os aspectos e consequências da pena criminal como os antecedentes criminais. Sob determinados aspectos a nova

regulamentação referente à conduta de portar/possuir drogas para uso pessoal possui inovações mais substanciais e significativas, pois, ao deixar de aplicar exclusivamente medidas decorrentes da transação penal ou da suspensão condicional do processo, pode determinar como sanção ao acusado, o comparecimento a programas de reabilitação e reintegração de usuários de drogas.

Observe-se que não houve isenção de penalidade em relação à conduta, deste modo, não se pode afirmar que tenha ocorrido a despenalização, pois, segundo Andreucci (2009, p. 155), as novas sanções são, na verdade, inovações no campo das sanções penais, fruto dos princípios de direito penal mínimo: “cuida-se de nova modalidade de sanção penal não privativa de liberdade, sem precedentes na legislação pátria. Tem a advertência natureza jurídica de pena, podendo gerar, inclusive, reincidência”. Observe-se portanto, que o referido instituto da penalização não se aplica, vigendo, deste modo, uma inovação do campo do direito penal sancionador, sendo mais adequado tratar desse fato como desprisionalização ou descarceirização.

## 5.1 JURISPRUDÊNCIA

Não se deve confundir a conduta de menor potencial ofensivo com o princípio da insignificância. Os crimes de menor potencial ofensivo, em sua grande maioria, podem ser submetidos ao rito da Lei n°. 9.099/1995 – Lei dos juizados especiais cíveis e criminais, aplicando-se, quando possível, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Em relação ao princípio da insignificância, a conduta apresenta requisitos de irrelevantes penais, e embora típica, não constitui uma ofensa cuja intensidade pode ofender os bens jurídicos protegidos pela norma penal. Essas condutas que não merecem a repressão penal, ainda que antagônicas aos costumes, sendo que, nestas hipóteses, resta demonstrada a falta de interesse da coletividade na repressão penal dessa forma de condutas.

Apesar desses aspectos, é salutar esclarecer que um irrelevante penal nem sempre deixa de ser uma conduta que impõe ao autor do fato determinadas responsabilidades, uma vez que existem disposições normativas e legais aptas a corrigir os desvios de conduta em diversos segmentos de atuação da sociedade. Um insignificante penal pode corresponder a uma ofensa grave em outros campos de

atuação humana, cujas responsabilidades e punições a serem atribuídas encontram-se previstas em normas jurídicas respectivas, é o caso das transgressões disciplinares (punidas no âmbito da Administração Pública em decorrência do poder disciplinar e hierárquico) e das próprias convenções trabalhistas (Consolidação das Leis trabalhistas) ou, ainda, descumprimento de regras contratuais (Código Civil).

O Direito Penal é norma subsidiária, pautada nos princípios de mínima intervenção do Estado, somente sendo justa a sua aplicação quando o objetivo é a proteção dos bens e interesses mais importantes da sociedade, ao tratar desse tema, Bittencourt<sup>2</sup> salienta que: “a tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico”.

A conduta de posse e porte de drogas não é considerada como um insignificante penal, mesmo que a quantidade seja mínima, uma vez que a existência de princípio ativo dessas substâncias, capaz de causar dependência física e/ou psíquica (dentre outros problemas) é motivo suficiente para caracterizar os riscos a que a sociedade é exposta, exigindo-se repressão penal na forma da Lei.

Em julgamento de recurso especial, no ano de 2009, cuja relatora da 1ª Turma foi a Desembargadora Sandra de Santis, do Supremo Tribunal Federal, observam-se as seguintes disposições:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - REJEIÇÃO DA DENÚNCIA - PORTE DE DROGAS PARA USO - ART. 28 DA LEI 11.343/2006 - DESPENALIZAÇÃO E NÃO DESCRIMINALIZAÇÃO - PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL COM O RECEBIMENTO DA EXORDIAL. I. VÁRIOS DOUTRINADORES TÊM DEFENDIDO A DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA DE USO DE ENTORPECENTES, COMO OCORRE EM ALGUNS PAÍSES, MAS O LEGISLADOR BRASILEIRO PREFERIU ADOPTAR NOVO MODELO QUE, EMBORA NÃO PRIVE O USUÁRIO DA LIBERDADE, COMO NA LEGISLAÇÃO ANTERIOR, ALMEJA PREVENIR E PROTEGER A SAÚDE PÚBLICA, A DESPEITO DO LIVRE ARBÍTRIO DO AGENTE. PRECEDENTE DO STF: RE-QO 430105. (Recurso Especial, DJ-e p. 84, 22 jan. 2009, Rel. Des. Sandra de Santis, 17011920088070010 DF 0001701-19.2008.807.0010, 1ª. Turma).

Entendeu o referido Tribunal que o artigo 28, da Lei nº 11.343/2006 – Lei de combate ao tráfico ilícito de drogas, não foi responsável pela descriminalização da conduta de porte/posse de drogas para uso pessoal, uma vez que tal inovação legislativa simplesmente trata de despenalização, ou seja, deixa de aplicar pena

---

<sup>2</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal**. Parte Geral. Vol. I. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.



privativa de liberdade em relação a essa conduta. Segundo a referida decisão, esse posicionamento é sustentado, inclusive, pela própria doutrina. Salutar o esclarecimento de que esse horizonte de possibilidades também é existente em legislações de outros países.

Trata-se de uma livre disposição do legislador brasileiro que, preferiu aplicar ao usuário penalidades menos severas, de qualquer modo, é bastante clara a intenção do legislador ordinário no que tange à prevenção e proteção da saúde pública, assim, apesar de a conduta ser considerada como crime de menor potencial ofensivo, não se trata de *abolitio criminis*, permanecendo os efeitos da condenação, dentre as quais, a reincidência criminal.

No Estado do Paraná, o Tribunal de Justiça, que teve como órgão julgador a 5ª Câmara Criminal, em decisão prolatada em 27 de fevereiro de 2015, nos autos do Recurso Especial nº. 12852061-PR 1285206-1/Acórdão, publicada em 27 de fevereiro deste mesmo ano, tendo como relator o Des. Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, ao tratar de matéria desta mesma natureza decidiu que:

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, e o Juiz convocado, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto. EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. USO DE DROGAS. ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA SOB O FUNDAMENTO DE OCORRÊNCIA DA ABOLIÇÃO CRIMINIS E DE PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. ALEGAÇÃO DE DESPENALIZAÇÃO E NÃO DESCRIMINALIZAÇÃO. ACOLHIMENTO. MERA DESPENALIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJPR - 5ª C.Criminal - RSE - 1285206-1 - Cascavel - Rel.: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira – Unânime, DJ. 29.01.2015).

O porte de drogas para uso pessoal, nos termos do artigo 28, da Lei nº. 11.343/2006 – Lei de combate ao tráfico de drogas, ainda é considerado como conduta típica que exige repressão penal na forma da lei. Não se trata de conduta que se subsume a hipótese de aplicabilidade do princípio da insignificância, pois entendeu o legislador que apenas não se deve reprimir a conduta com pena privativa de liberdade, assim, o tipo penal não foi extinto, mas, teve sua pena reduzida, deixando-se de aplicar as sanções privativas de liberdade.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião da decisão do Recurso Especial 512.254 e outros, existem diversos manifestos referentes à

questão associada à conduta de porte de substância entorpecente para uso próprio, demonstrando que, apesar da despenalização, permanece hígida a intenção do legislador em manter a repressão desse tipo de comportamento:

Substância Entorpecente – pequena quantidade – princípio da insignificância. Entendimento jurisprudencial: A posse de substância entorpecente é delito de perigo presumido ou abstrato, não importando, para sua caracterização, a quantidade apreendida em poder do infrator, esgotando-se o tipo simplesmente no fato de carregar consigo, para uso próprio, substância entorpecente, não se aplicando, portanto, o princípio da insignificância. (STJ – 5ª. t, 6ª. t. Ver precedentes: REsp, 521.137, HC 32.009 e outros).

A substância tóxica em poder do usuário é suficiente para caracterizar o tipo penal previsto no artigo 28, da Lei nº. 11.343/2006. Para fins de aplicação do referido dispositivo não importa a quantidade de tóxico apreendida, bastando, apenas, a presença do princípio ativo.

Trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato, não se exigindo resultado, isso se dá em razão de ser o delito um tipo penal que objetiva a proteção da coletividade, uma vez que o simples fato de possuir ou portar drogas é suficiente para expor os interesses sociais de preservação da incolumidade e da saúde pública.

Não se deve confundir que o porte ou posse de drogas para uso pessoal são condutas de menor potencial ofensivo, deste modo, para fins da Lei nº. 11.343/2006 a referida decisão demonstra que a intenção do legislador ordinário é a manutenção do tipo penal, não se tratando de disposição extintiva do delito – *abolitio criminis* – não sendo hipótese em que se deve aplicar o princípio da insignificância. Mesmo a pequena quantidade de tóxicos é considerada como conduta de risco social presumido e que deve ser reprimida na forma da Lei.

## 6 CONCLUSÃO

Não se pode afirmar que os crimes relacionados ao tráfico de drogas sejam fatores determinantes relativos aos índices de criminalidade, porém, não se pode negar que esse tipo de conduta influencia diretamente nos números da violência e da criminalidade, uma vez que significativa parcela da população carcerária encontra-se no sistema prisional em decorrência da prática de crimes associados ao tráfico de drogas. No Brasil, a prática de crimes associados ao tráfico de drogas é facilitada em razão das fronteiras de dimensões continentais e extensa faixa litorânea, porém, o fator mais significativo que influencia a violência e a criminalidade é a ausência de políticas públicas capazes de prevenir o crime, assim como, um sistema repressivo-penal e de segurança pública precário.

Ao tratar especificamente do combate ao tráfico ilícito de drogas, pode-se afirmar que a Lei nº. 11.343/2006 apresenta diversos pontos positivos, entretanto, também existem pontos negativos, como a previsão de inclusão do usuário em programas de reabilitação, observe-se que nos últimos anos, mesmo com a entrada em vigor da referida norma, houve um aumento do consumo de drogas no âmbito da sociedade brasileira, a partir desses dados, pode-se afirmar que as políticas públicas de prevenção ao uso de drogas são frágeis e pouco eficientes. A reincidência criminal do crime de posse e porte de drogas para uso pessoal é, também, outro sintoma de que as políticas de ressocialização do usuário de drogas são pouco hábeis ao alcance dos propósitos do legislador, demonstrando que apesar da previsão normativa de programas de reabilitação, o Estado permanece inerte na criação de mecanismos e instrumentos eficientes.

Bastante claro e evidente que o sistema de persecução criminal brasileiro não dispõe de mecanismos suficientes a prevenir o tráfico de drogas, atuando, quase que exclusivamente, na repressão criminal ao invés de adotar a prevenção como prioridade. As polícias brasileiras adotam condutas extremamente agressivas, sendo suficiente a comprovar esse fato a partir dos estudos promovidos no âmbito do Fórum Nacional de Segurança Pública, onde dados indicam que as polícias brasileiras, entre 2009 e 2013, foram responsáveis pela morte de 11 mil pessoas, número também alcançado pelas polícias norte-americanas, porém, no período de 30 anos.

A atuação repressiva dos delitos não é suficiente para a redução dos crimes

associados ao tráfico de drogas. Apesar da Lei nº. 11.343/2006 ter flexibilizado a pena em relação ao porte e posse de drogas para consumo pessoal, estabeleceu sanções mais severas em relação ao tráfico de drogas e condutas associadas. O aumento da penalidade em relação ao traficante não soluciona o problema da violência associada às drogas, o que pode ser confirmado a partir de uma simples análise do contingente carcerário que cumpre pena em relação aos crimes desta natureza - aproximadamente 25%. Não é suficiente a existência de normas penais despenalizadoras ou, mesmo, incriminadoras e mais severas para a redução dos crimes associados ao tráfico de drogas, mas, sim, de uma política pública sólida e efetiva que priorize a prevenção ao uso de drogas.

Não se pode afastar a importância de normas penais que se aplicam aos crimes relacionados ao tráfico de drogas, uma vez que tais condutas são potencialmente prejudiciais ao equilíbrio social, influenciando no convívio e nas interações sociais. Os efeitos das substâncias tóxicas influenciam no comportamento humano seja em razão da prática de delitos decorrentes ou em função da dependência química e/ou física resultante do uso dessas substâncias. Nesses aspectos residem o objetivo e a intenção da norma, que é a incolumidade da saúde pública e a segurança da coletividade, os crimes associados são de perigo abstrato, e, além disso, são normas penais em branco, as quais dependem de outra norma para definir o que seja droga ilícita – discricionariedade administrativa.

Ao realizar uma análise mais aprofundada da Lei nº. 11.343/2006 – Lei de combate ao tráfico ilícito de drogas percebe-se que o legislador ordinário tem a intenção de solucionar o problema a partir da proposição de uma diversidade de medidas que não se restringem à repressão penal, mas, também, na adoção de políticas públicas eficientes e direcionadas à criação de mecanismos e ferramentas de prevenção ao uso de drogas, assim como, dirigidas à recuperação do usuário e sua reinserção social. Diante dessas perspectivas é possível afirmar que algum segmento de atuação pública, ou o próprio Estado tem deixado de adotar ou de implementar ações dirigidas neste sentido, ou, se essas ações estão sendo implantadas, existem evidências suficientes de que são inócuas e inertes, sensíveis ou irrelevantes.

Ao tratar das normas penais é importante que essas sejam suficientemente severas ao punir e que isso não resulte em uma ofensa dos princípios de Direitos Humanos, uma vez que o criminoso não perde a sua condição de cidadão. As

normas penais possuem caráter subsidiário, portanto, são normas de *ultima ratione*, somente aplicadas quando nenhum outro mecanismo do Estado seja suficiente para o restabelecimento e preservação da ordem pública. Do direito penal mínimo ao direito penal máximo, reside um núcleo que pode ser considerado como um paradigma emergente em termos de violência e criminalidade, a prevenção da delinquência. Não se pode afirmar que a norma seja ineficiente ao punir o infrator da lei, ou mesmo, seja ineficaz em relação à reinserção do usuário de drogas e do próprio criminoso na sociedade, porém, não se pode afirmar que o Estado esteja utilizando processos eficientes de prevenção criminal.

Tendo observado que a Lei nº. 11.343/2006 – lei de combate ao tráfico de drogas ilícitas possui aspectos positivos e negativos, é importante esclarecer que as inovações da norma se resumem a dois aspectos elementares em relação à sanção penal: é mais benéfica em relação ao porte/posse de drogas para consumo pessoal, é mais severa em relação ao crime de tráfico de drogas.

Em se tratando das sanções penais que se aplicam aos crimes relacionados ao tráfico de drogas, pode-se afirmar que a Lei nº. 11.343/2006 se trata de *novatio legis in pejus*, pois torna mais rígida a penalidade imposta ao traficante.

Ao tratar da extinção da punição privativa de liberdade que é imposta ao crime de posse/porte de drogas para consumo pessoal, não houve *abolitio criminis* ou descriminalização, uma vez que o fato constitui ilícito penal, apenas houve um abrandamento da penalidade a ser imposta. Não se pode afirmar que houve despenalização, pois se aplicam sanções de advertência, prestação de serviços comunitários e comparecimento em programas de reabilitação. O que efetivamente ocorreu em relação à conduta de porte/posse de drogas para consumo pessoal é, na verdade, a desprisionalização ou descarceirização da conduta, pois não se aplicam mais as penas restritivas de liberdade, permanecendo a penalidade alternativa ao encarceramento, assim, trata-se de *novatio legis in melius*, sendo mais benéfica ao acusado de crimes dessa natureza.

O crime de porte/posse de drogas para consumo pessoal não se trata de um irrelevante penal, esse, em razão de sua mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado, não exige repressão penal. A posse e o porte de drogas para consumo pessoal são crimes de menor potencial ofensivo. É importante esclarecer que não é considerada insignificante a pequena quantia de drogas em posse/porte do acusado, uma vez que é suficiente e imprescindível que esteja presente o princípio ativo da

substância. Para fins de aplicabilidade da Lei nº. 11.343/2006, considera-se um irrelevante penal apenas o uso de drogas, o que não se confunde, sobretudo, com a posse/porte de drogas para consumo pessoal.

## REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução: TORRIERI, Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: TORRIERI, Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Direito Penal**. Parte Geral. Vol. I. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOFF, Tiago. **O Estado não garante o pagamento do 13º salário em dia aos servidores**. São Paulo: ZH Notícias, 2016. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2016/10/estado-nao-garante-pagamento-do-13-em-dia-aos-servidores-7726233.html>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

BONDARUK, Roberson Luiz. SOUZA, César Alberto. **Polícia Comunitária**. Curitiba: Comunicare, 2007.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil, do discurso oficial às razões da criminalização**. 2. ed. Rio de Janeiro, 1997.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002.

DA COSTA JÚNIOR, Paulo José. DA COSTA, Fernando José. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DE LIMA, Renato Sérgio. BUENO, Samira. **10º. Anuário da Segurança Pública Brasileiro**. São Paulo: Fórum Nacional da Segurança Pública, 2016. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario-2016-03nov-final.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **8º. Anuário da Segurança Pública Brasileiro**. São Paulo: Fórum Nacional da Segurança Pública, 2014. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario-2016-03nov-final.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2016.  
FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 31. ed. Tradução: RAMALHETE, Raquel. Petrópolis, 2006.

GRECO, Rogério. KRYMCHANTOWSKI, Abouch Valentiny. CALHAU, Lélío Braga. ANCILLOTTI, Roger. DOUGLAS, William. **Medicina Legal à luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2013.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova Lei de Drogas comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

MAGNO, Levy Emanuel. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Tradução: M ELVILLE, Jean. São Paulo: Martin Claret, 2002.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.